

Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften

Dissertation

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen

Fakultät der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

beider Rechte

vorgelegt von

Otto Diethelm

von Schübelbach SZ

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Verlag P. G. Keller Winterthur 1953

Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften

Dissertation

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen

Fakultät der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

beider Rechte

vorgelegt von

Otto Diethelm

von Schübelbach SZ

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Verlag P. G. Keller Winterthur 1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Mai 1953

Der Dekan
Prof. Dr. W. Bickel



INHALTSVERZEICHNIS

Quellenverzeichnis	4
Literaturverzeichnis	5
Periodica, Präjudizien- und Gesetzessammlungen	6
Einleitung	7
I. Abschnitt	
Querschnitt der Auflösungsgründe	9
A. Willkürliche Auflösungsgründe	10
B. Unwillkürliche Auflösungsgründe	13
II. Abschnitt	
Die durch die Auflösung berührten Interessen	
A. Der Gläubiger	
1. Der Gläubiger der Gesellschaft	18
2. Der Gläubiger des Gesellschafters	20
B. Die Gesellschafter	20
C. Volkswirtschaftliche Belange	27
D. Soziale Belange	35
III. Abschnitt	
Mittel zur Wahrung der durch die Auflösung berührten Gläubigerinteressen	
1. Allgemeines	39
2. Gläubigerschutzbestimmungen bei Auflösung mit Liquidation	40
3. Gläubigerschutz in der konkursamtlichen Gesellschaftsliquidation	51
4. Gläubigerschutz beim Liquidationsvergleich	55
5. Gläubigerschutz bei Auflösung ohne Liquidation	59
IV. Abschnitt	
Die Reaktivierung aufgelöster Gesellschaften	
1. Begriff der Reaktivierung	63
2. Gesetzlich vorgesehene Reaktivierungen bei unwillkürlichen Auflösungen	64
3. Die Frage der Widerruflichkeit eines Auflösungsbeschlusses	65
4. Schlussfolgerungen	71

Quellenverzeichnis

AusverkVO (VO über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen [Ausverkaufsordnung] vom 16. April 1947)

EBauG (BG über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweiz. Eidgenossenschaft, vom 23. Dez. 1872.)

HRegVO (VO des BR über das Handelsregister, vom 7. Juni 1937.)

KautG (BG über die Kautionen der Versicherungsgesellschaften, vom 4. Febr. 1919).

OR (BG betr. Ergänzung des schweiz. ZGB [Fünfter Teil: Obligationenrecht] vom 30. März 1911/18. Dez. 1936.)

SchKG (BG über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, rev. durch BG vom 28. Sept. 1949.)

STGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dez. 1937.)

UWG (BG über den unlauteren Wettbewerb, vom 30. Sept. 1943.)

VMZ (VO über vorübergehende Milderung der Zwangsvollstreckung, vom 24. Januar 1941.)

Wasser RG (BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz], vom 22. Dez. 1916.)

VO des BR über die Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften, vom 29. Dez. 1939.

BRB über Beschlagnahme, Enteignung und Lieferungszwang, vom 24. Okt. 1940.

BRB betr. die vorsorgliche Schliessung von Geschäften, Fabrikationsunternehmen und anderen Betrieben, vom 12. Nov. 1940.

BRB betr. Auflösung der Kommunistischen Partei der Schweiz, vom 26. Nov. 1940.

Deutsches Recht:

DHGB (Handelsgesetzbuch, vom 10. Mai 1897.)

AktienG (G. über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, vom 30. Januar 1937.)

Literaturverzeichnis

- Becker, H., (Kommentar) Obligationenrecht, Allg. Bestimmungen, Bern 1941.
- Benz, W., Die Treuepflicht des Gesellschafters, Zürcher Diss. 1947.
- Berger, Alb., Gesellschaften unter Ehegatten, Fryburger Diss. 1925.
- Berlinger, Al., Die Rechtsstellung der Ehefrau als Handelsfrau, Berner Diss. 1934.
- Bertsch, Wilfr., Die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen, Zürcher Diss. 1947. (Zürcher Beitr. NF No. 129.)
- Blumenstein, E., Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
- Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in ZBJV 85. Jhg., S. 329 f.
- Ehrbar, Max, Die Anfechtung von GV-Beschlüssen nach ungeschriebenem Recht, Zürcher Diss. 1941.
- Fischer, Rud., Personenvereinigungen, in Ehrenberg V., Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, I. Abt. Leipzig 1916.
- Flechtheim, J., Wolff, M., Schmulewitz, M., Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften (Ergänzungsband zum HGB-Kommentar Düringer-Hachenburg), Mannheim 1929.
- Fleiner, Fr., Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928. (Zürich 1939.)
- Gareis, Karl, Das deutsche Handelsrecht (Guttentagsche Sammlung der Reichsgesetze), Berlin 1903.
- v. Godin, Reinh., Wilhelmi, Hans, Kommentar zum Aktiengesetz (Guttentagsche Sammlung der Reichsgesetze), Berlin u. Leipzig 1937.
- Guhl, Theo, Das Schweiz. Obligationenrecht, Zürich 1948.
- Haussmann, Fr., Der Antitrustgedanke im Wirtschaftssystem, Zürich 1950.
- Herzog, W., Der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages und die Konkurrenz der Verträge, Zürcher Diss. 1941.
- His, Eduard, Kommentar (Handelsregister, Geschäftsfirnen, kaufm. Buchführung), Bern 1940.
- Höppner, M., Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935.
- Janggen, A., Becker, H., Kommentar (Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Bern 1939.
- Kessler, Hans, Die Rechtsstellung des Versicherten in der privaten Kollektiv-unfall- und Kollektivlebensversicherung, Zürcher Diss. 1947.
- Kockel, Carlo, Die Betreibung auf Sicherheitsleistung nach schweiz. SchKG, Zürcher Diss. 1931.
- Kummer, Max, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Abhandlungen z. schw. R. No. 273, Bern 1949.

- Löhlein, „Treuepflicht des Aktionärs?“ in „Jurist. Rundschau“ 1950, S. 497 f.
- Marbach, F., Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932.
- Marfurt, Heinr., Die Auflösung der Kollektivgesellschaft beim Tode eines Gesellschafters, Fryburger Diss. 1928.
- Maurer, Rob., Die Kognition des Handelsregisterführers, Zürcher Diss. 1941.
- Ruck, Erwin, Schweiz. Verwaltungsrecht, Allg. Teil, Zürich 1939.
- Schmalenbach, E., Dynamische Bilanz, Leipzig 1926.
- Siegwart, Alfr., (Kommentar) Die Aktiengesellschaft, a) Allg. Bestimmungen, Zürich 1945.
- Siegwart, Alfr., (Kommentar) Personengesellschaften, Zürich 1938.
- Specker, Chr., Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson, Fryburger Diss. 1948.
- Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von H. Koenige, A. Pinner, F. Bondi, Bd. II (Staub-Pinner), Berlin und Leipzig 1926.
- Stauffer, W., (Kommentar) Schluß- und Übergangsbestimmungen zum OR, Bern 1940.
- Wieland, Alfr., Die Rechte der AG und ihrer Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle rechtswidriger Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen, in SJZ 46, S. 229 f.
- Wieland, Alf., Die verschleierte Apportgründung in Theorie und Praxis des schweiz. Aktienrechts (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, No. 28), Basel 1949.
- Wolf, E., Die amerikanische Antitrustgesetzgebung und ihre internationalen Auswirkungen, in ZBJV 86, S. 193 f., 241 f.
- Zeller, Max, Die Familien-AG nach dem rev. OR, Berner Diss. 1940.

Periodica, Präjudizien- und Gesetzessammlungen

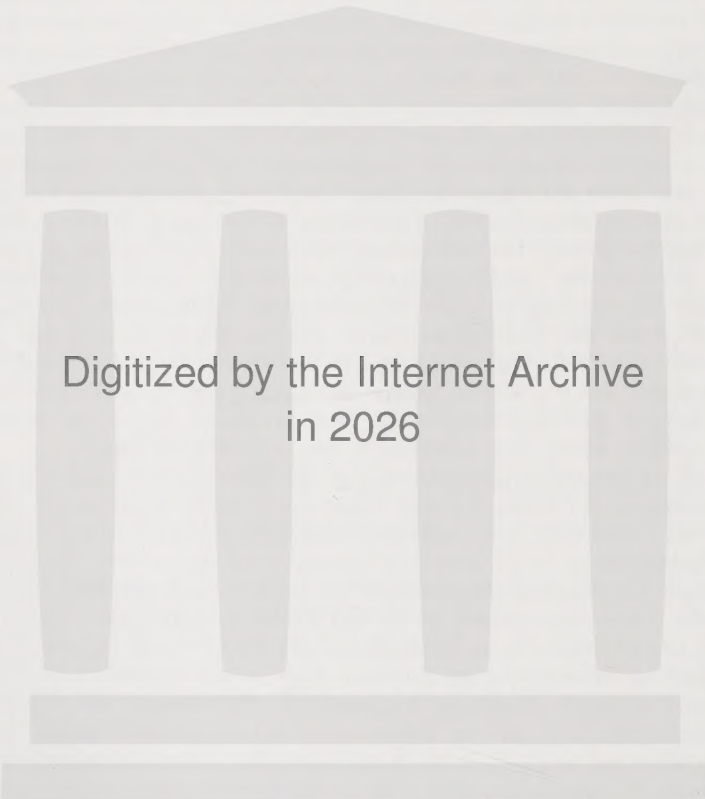
- AS (Eidg. Gesetzessammlung, amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen).
- BGE (Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes [Amtliche Sammlung]).
- Bl. f. zür. R. (Blätter für Zürcherische Rechtsprechung).
- HAB (Schweiz. Handelsamtsblatt).
- NZZ (Neue Zürcher Zeitung).
- Pra (Die Praxis des Bundesgerichtes).
- RGBl (Reichsgesetzblatt).
- RGerZiv (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen).
- SJZ (Schweizerische Juristen-Zeitung).
- VerwE (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden).
- ZBJV (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins).

Einleitung

Wie kaum ein anderer Terminus unserer Rechtsordnung, wird „Auflösung“ im Gesellschaftsrecht in einem vom sonstigen Sprachgebrauch stark abweichenden Sinne verwendet. Er bedeutet nicht, wie der Laie anzunehmen pflegt, das vollständige Aufgehen, Sichzersetzen, Erlöschen des Gebildes, sondern — abgesehen vom Fall der bereits durchgeführten sog. stillen Liquidation — nur den Eintritt in das Liquidationsstadium. Der Auflösungsgrund ist gegeben und somit wird dem Gebilde, ungeachtet seiner sonstigen vertraglichen oder statutarischen Zielsetzung, der Liquidationszweck übergeordnet, damit aber die juristische Struktur als Personengesellschaft oder auch die eigentliche juristische Person vorerst nicht berührt.

Der Eintritt eines Auflösungsgrundes und die dadurch bewirkte Zweckänderung tangieren verschiedenartige Interessen. Ein leichtfertig geschaffener willkürlicher Auflösungsgrund, namentlich durch entsprechende, wirtschaftlich in keiner Weise gerechtfertigte Schlussnahme der Gesellschafter, kann den Gläubigerinteressen ebenso abträglich sein, wie gegebenenfalls die Rückgängigmachung der Auflösung. So kann ein Zurückkommen auf den willkürlich geschaffenen Auflösungsgrund, welcher letzter vielleicht die günstige Realisierung der Guthaben bereits in greifbare Nähe gerückt hatte, den Gläubigern sehr unerwünscht sein.

Nach summarischer Darstellung der Auflösungsgründe sind die durch die Auflösung berührten Belange näher zu erörtern, wobei sogleich auffallen wird, dass nicht nur, wenn auch vom Gesetze besonders berücksichtigt, Gläubigerinteressen in Frage stehen — und unter diesen auch wieder nicht bloss jene der Gesellschaftsgläubiger —, sondern auch die Allgemeinheit, z. B. die Arbeitnehmerschaft an diesem Problem begreiflicherweise Anteil nimmt. Es empfiehlt sich im Hinblick auf die Beschränkung auf das Grundsätzliche und Wesentliche im Rahmen einer in sich geschlossenen Arbeit, in einem weiteren Abschnitt hauptsächlich die Behelfe der Gläubiger hervorzukehren. Dies in den Fällen wo die Liquidation wirklich durchgeführt wird, sei es als freie, als konkursamtliche oder schliesslich in Form des Liquidationsvergleichs, aber auch in jenen andern, wo es trotz Eintritt des Auflösungsgrundes nicht zur Liquidation kommt. Den Abschluss und in gewissem Sinne die Quintessenz der Darlegungen soll die Stellungnahme zur Frage der sog. Reaktivierung aufgelöster handelsrechtlicher Korporationen, auch wieder unter dem Gesichtspunkt des Schutzes berechtigter Interessen, bilden.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I. Abschnitt

QUERSCHNITT DER AUFLÖSUNGSGRÜNDE

Die Auflösungsgründe der handelsrechtlichen Korporationen — AG, Komm. AG, GmbH, Gen. — sind, abweichend von der Regelung hinsichtlich Kollektiv- und Kommanditgesellschaft¹, jeweils in einem Artikel katalogisiert²: für die AG Art. 736 OR, (Komm. AG 770/736), GmbH Art. 820, Gen. Art. 911. Gemeinsam sind diesen Katalogen die Auflösungsgründe:

- a) Massgeblichkeit der Statuten,
- b) Gesellschafts-, bzw. Genossenschaftsbeschluss,
- c) Konkurseröffnung über die Körperschaft,
- d) Urteil des Richters (ist bei den Auflösungsgründen der Genossenschaft nicht ausdrücklich erwähnt),
- e) übrige gesetzlich vorgesehene Auflösungsgründe. Als solche werden bei Aktiengesellschaften mit besonders gearteten Zwecken aufgeführt: Ablauf und Nichterneuerung der Konzession und Geltendmachung des Rückkaufsrechtes durch das Gemeinwesen bei Eisenbahn-AG³; Entzug und Nichterneuerung der Konzession bei Versicherungs-AG⁴; Erlöschen und Nichterneuerung der Wasserrechtskonzession, Rückkauf und Heimfall bei Elektrizitätswerk-AG⁵; — als gemeinrechtlich bedürfen insbesondere die Auflösungsverfügungen des Handelsregisterführers in Ausübung „handelspolizeilicher Funktionen“⁶ der Erwähnung: OR Art. 711, Abs. 4, Art. 895; Schluss-Best. Art. 2, 14; HRegVO Art. 86.

Allein unter den handelsrechtlichen Körperschaften steht die Komm.A.-G. mit dem Auflösungsgrund des Art. 770, Abs. 1:

„Die Gesellschaft wird beendet durch das Ausscheiden, den Tod, die Handlungsunfähigkeit oder den Konkurs sämtlicher unbeschränkt haftenden Gesellschafter“.

Die Bestimmung lehnt sich im Wesentlichen an die Regelung bei der Komm. Ges., Art. 619, 574 f., 545 OR, immerhin mit der Besonderheit, dass hier die Handlungsunfähigkeit der Komplementäre nicht als Auflösungsgrund erwähnt ist.

¹ Trotzdem es sich hier nicht um eigentliche Körperschaften handelt — vgl. HRegVO Art. 10 und 41; Siegwart Komm. N. 1 und 2 zu Art. 552/53 — wird gelegentlich doch auf die dortigen Besonderheiten zurückzukommen sein.

² Immerhin mit der Generalklausel am Schluss der Aufzählung „... in den übrigen vom Gesetze vorgesehenen Fällen“.

³ EBauG, Art. 5, 27; Siegwart Komm. N. 142 Einleitung AG.

⁴ KautG Art. 21; Siegwart a. a. O. N. 150 — AufsichtsG. Art. 9, Abs. 2.

⁵ WasserRG Art. 58, 63, 67; Siegwart a. a. O. N. 151.

⁶ His Komm. N. 43 f. zu Art. 927 OR.

A. Willkürliche Auflösungsgründe

Darunter versteht man die von den Organen der Körperschaft vorgenommenen Rechtshandlungen, die aus (oft fiktivem) freiem Willen, „auf eigenes Begehren“ die Auflösung von Innen heraus bewirken. Ohne ihr ausdrückliches diesbezügliches Dazutun würde die Körperschaft noch nicht aufgelöst, mögen auch äussere wirtschaftliche oder innere personelle Verhältnisse den die Auflösung herbeiführenden Willensakt geradezu aufgedrängt haben.

1. „Nach Massgabe der Statuten“. Zum notwendigen Inhalt der Statuten gehört die Angabe des Zweckes der Körperschaft (Art. 626, Ziff. 2 für AG und Komm. AG (Art. 764 II), Art. 776, Ziff. 2 (hier als „Gegenstand“ bezeichnet) für GmbH, Art. 832, Ziff. 2 für Gen.). Siegwart sagt: „Der Zweck kann nun ein solcher sein, dass er in sich selber eine zeitliche Beschränkung von mehr oder weniger bestimmter und voraussehbarer Art trägt“; tritt der Zeitpunkt der Erreichung dieses Zweckes ein, ist der Auflösungsgrund gegeben⁷, auch wenn keine formelle „Begrenzung der Dauer des Unternehmens“ i. S. von Art. 627, Ziff. 4 (bzw. Art. 649 „... über die in den Statuten bestimmte Zeit hinaus...“) stattgefunden hat. Die Zeit kann sowohl durch einen bestimmten Termin als auch durch ein bestimmtes Ereignis satzungsgemäss festgelegt werden. Ebenso kann sich eine solche Festsetzung auch aus den Umständen folgern lassen⁸. Das Willkürmoment in der Setzung des Auflösungsgrundes liegt einerseits in der statutarischen Dauerbeschränkung und andererseits in der nicht rechtzeitigen Statutenänderung, wodurch der bevorstehenden automatischen Auflösung hätte Einhalt geboten werden können. Eine stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft gibt es in diesem Falle nicht.

2. *Der Auflösungsbeschluss*. Er kommt unter Berücksichtigung seiner Tragweite unschwer zustande. Dass immerhin ein qualifiziertes Mehr erforderlich sein muss, leuchtet ein, denn sonst könnte zu leicht ein beschlussfähiges Zufallsgremium mit einfachem Mehr Unternehmen, Firma, Marken, Goodwil usw. der Verschleuderung, bzw. der Entwertung überantworten. Wie schon eingangs erwähnt, wirkt sich der Auflösungsbeschluss als Zweckverengerung aus. Demnach sind auch grundsätzlich die bezüglichen Bestimmungen massgebend: OR Art. 649 für die AG⁹ (qualifizierte Präsenz von $\frac{2}{3}$ sämtlicher Aktienstimmen); Art. 820, Ziff. 2 für die GmbH (qualifiziertes

⁷ Siegwart, Komm. N. 43/4 zu Art. 626.

⁸ Staub-Pinner, Komm. Anm. 4 zu 292 HGB.

⁹ „Eine Verengerung“ (im Rahmen des Gesellschaftszweckes) ist keine Umwandlung desselben im Sinne von Art. 648 OR. Denn der „Zweck“ ist bei der AG ein wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher, in der Regel jedenfalls eine sehr weit gefasste Zielsetzung, was sich schon aus der Gegenüberstellung von „Gegenstand und Zweck des Unternehmens“ in Art. 626, Ziff. 2, und insbesondere aus Art. 620, Abs. 3, ergibt. Vgl. Siegwart, Komm. N. 32 f. zu Art. 626 und N. 2 f. zu Art. 648. — Übrigens ist „die Auflösung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin“ als „weiterer Fall“ in den Art. 649, Abs. 1 ausdrücklich aufgenommen.

Mehr von $\frac{3}{4}$ der Gesellschafter, die wenigstens $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals vertreten); Art. 888, Abs. 2 für die Genossenschaft (qualifiziertes Mehr von $\frac{2}{3}$ der abgegebenen Stimmen). Die Komm. A.-G. untersteht diesbezüglich der Normierung von Art. 770, Abs. 2, d. h. es gelten vorerst die Grundsätze des Aktienrechtes (Art. 649) hinsichtlich des erforderlichen Quorums für den Auflösungsbeschluss in der G. V. Jedoch besagt das Gesetz „doch kann eine Auflösung durch Beschluss der Generalversammlung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin nur mit Zustimmung der Verwaltung erfolgen“. Es ist hieraus der rechtspolitische Grundgedanke leicht zu erkennen: Wenn schon die Verwaltung persönlich eintreten muss für Verluste der Körperschaft, soll sie auch einen verstärkten Einfluss auf die Entwicklung des Unternehmens ausüben können.

Manche Körperschaften erschweren statutarisch die Antragstellung auf Auflösung, bzw. sie verschärfen das für die Verbindlichkeit des Auflösungsbeschlusses erforderliche Quorum. Eine Erleichterung gegenüber der dargestellten subsidiären gesetzlichen Regelung scheint für AG, Komm. AG und GmbH möglich, nicht für die Genossenschaft, da Art. 888, Abs. 2 nur eine Erschwerung zulässt.

Der Beschluss auf Einstellung des Betriebes ist in der Regel kein Auflösungsbeschluss¹⁰, ausgenommen der Beschluss auf dauernde Einstellung des Betriebes. Andererseits sind Beschlüsse, die ohne weiteres die Liquidation zur Folge haben oder die bereits durchgeführte stille Liq. bestätigen, Auflösungsbeschlüsse, auch wenn sie nicht ausdrücklich als solche formuliert waren.

Dass der Auflösungsbeschluss beim Handelsregister anzumelden und einzutragen ist, bedeutet eine blosse Ordnungsvorschrift. Es ist dies im Interesse der Verkehrssicherheit, der Zuverlässigkeit der Publizitätsfunktionen jenes Registers, hat aber auf den Bestand der Körperschaft keinen Einfluss, abgesehen vom Auflösungsbeschluss, welcher zugleich die bereits durchgeführte Liq. bestätigt¹¹. Schwierigkeiten können sich ergeben bei Anfechtung des Auflösungsbeschlusses, weil dieser in gesetz- oder statutenwidriger Weise zustande gekommen sei. Eine solche Nichtigkeitsklage gegen GV-Beschlüsse ist an sich eine bloss deklaratorisch wirkende Feststellungsklage, deren Hauptfunktion die Verbindlichkeit des Urteilsdispositivs der formell rechtskräftig gewordenen Entscheidung für Gerichts- und Verwal-

¹⁰ Staub-Pinner, Anm. 6 zu Art. 292 HGB.; sehr weit I. Ziv. Abt. 2. März 1943 i. S. Eglantine SA (in BGE nicht publiziert): „Dass die Eglantine SA 1938 liquidiert worden war — sie musste ihre Tätigkeit mangels Betriebsmitteln einstellen — und deren einzige Tätigkeit darin bestanden hatte, sich um die Bewilligung zur Wiederaufnahme der Uhrenfabrikation zu bemühen, stand fest. Nun genügt aber die Liquidation eines Unternehmens für sich keineswegs, um die Streichung im HReg erwirken zu können, da den Aktionären die Möglichkeit gewährt bleiben muss, neues Geld zu beschaffen und den Betrieb wieder aufzunehmen. Wenn inzwischen die Tätigkeit der Firma auch eingestellt bleibt, so verpflichtet das noch nicht zu deren Löschung.“ Tages-Anzeiger Zürich 1. April 1943.

¹¹ BGE 42 III 40; 64 II 151.

tungsinstanzen ist. Wenn aber die Körperschaft nach der auf Grund des angefochtenen Auflösungsbeschlusses durchgeführten Liq. im Handelsregister bereits gelöscht ist, versagt der Behelf aus formal-prozessualen Gründen. „Denn de facto ist durch den Vollzug des nichtigen Lösungsbeschlusses die Rechtspersönlichkeit der AG vernichtet und ihre Organisationen zerschlagen worden. Diesem Faktum muss prozessual Rechnung getragen werden. Denn im Moment der Einleitung eines Prozesses, in dem die Feststellung der Nichtigkeit eines bereits vollzogenen Auflösungsbeschlusses angebeht wird, steht ja noch nicht fest, ob die behauptete Nichtigkeit auch wirklich vorhanden sei oder nicht.“ Es müsste also zuerst die Wiedervereinigung der Gesellschaft ins HReg nach Glaubhaftmachung der Nichtigkeit beim Handelsregisteramt betrieben werden ^{11a}.

Die Bestimmungen über die qualifizierten Anforderungen an den Auflösungsbeschluss werden etwa umgangen durch Verunmöglichung der Zweckverfolgung, z. B. durch Verkauf der hierzu unentbehrlichen Anlagen ¹².

3. *Die Anmeldung der Überschuldung beim Konkursgericht.* Erzeigt die ordentliche Jahresbilanz oder eine ad hoc errichtete Zwischenbilanz (mit eingesetzten Liquidationswerten) die Tatsache, dass die Gesellschaftsgläubigerforderungen durch die Aktiven nicht mehr gedeckt sind, hat die Verwaltung, bzw. Geschäftsführung, den Konkursrichter zu benachrichtigen (Art. 725, Abs. 2 und 3 für AG, Art. 817 für GmbH, Art 903 für Genossenschaft). Diese Anmeldung führt aber nicht ohne weiteres zur Konkurseröffnung und damit zur Auflösung. Bei der AG und Genossenschaft kann auf Antrag des anmeldenden Organs oder eines Gläubigers das Konkursaufschiebungsverfahren Platz greifen. Für die GmbH mit Nachschusspflicht besteht die Regelung, dass der Richter erst zu benachrichtigen ist, wenn der durch die Bilanz ausgewiesene Verlust nicht binnen 3 Monaten durch die Gesellchafter gedeckt wird. Gegenüber der Insolvenzerklärung gemäss Art. 191 SchKG ergibt sich der Unterschied, dass jene ein dem bedrängten Schuldner eingeräumter Behelf ist, der ohne weiteres zur Konkurseröffnung führt (subjektive Willensäusserung des Schuldners genügt), die Anmeldung der Überschuldung durch die Verwaltung bei den Körperschaften des Handelsrechts dagegen als Obligatorium statuiert ist ¹³. Dafür hat aber — bei AGen und Genossenschaften — wenn Aussicht auf Sanierung besteht, die Anmeldung der Überschuldung nicht notwendig eine Auflösung durch Konkurseröffnung zur Folge. Die Kognition des Gerichts über die Tunlichkeit der Konkurseröffnung war schon im alten Recht — dort allerdings nur auf Antrag der Gläubiger oder des Kurators eines Gläubigerkonsortiums, aOR Art. 657, Abs. 3; Art. 704, Abs. 2 — vorbehalten. Das neue Recht geht insofern noch weiter, als die materielle Prüfung der „Konkursreife“ auch auf Antrag der Verwaltung vom Gericht vorzunehmen ist.

^{11a} BGE 64 II 153.

¹² Vgl. Siegwart, Komm. N. 29 zu Art. 646, N. 7 zu Art. 648.

¹³ Vgl. Blumenstein, Handbuch, S. 604.

Die Wahrnehmung einer tatsächlichen Überschuldung ist eine interne Angelegenheit der Körperschaft, die von Innen heraus, auf entsprechende Willensäußerung der Organe hin, zur Auflösung führt. Ohne diesen Anstoss hätte der Konkursrichter keine Veranlassung, ohne reguläre Konkursbetreibung die Zwangsauflösung zu verfügen.

B. Unwillkürliche, extern gesetzte Auflösungsgründe

Der Zustand, aus welchem heraus Gläubiger oder Gesellschafter auf Auflösung zu klagen befugt sind, bzw. welchen richterliche oder Administrativbehörden als Voraussetzung einer rechtskräftigen Verfügung der Auflösung in tatsächlicher Hinsicht überprüfen, ist zwar häufig auch intern verursacht. So kann z. B. die geschäftliche Unfähigkeit, Nachlässigkeit oder gar bewusste Pflichtverletzung der Organe (in gewissen Fällen auch der Gründer) die diesbezügliche Ursache sein. Doch sind nicht sie es, die den unmittelbaren Anstoss zum Auflösungsdekret geben.

1. *Die Auflösungsklage der Gesellschafter und Gläubiger.* Die Bestimmung des Art. 736, Ziff. 4 OR, wonach die AG aufgelöst wird „durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens den 5. Teil des Grundkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen“, bezweckt „vor allem den Schutz des Minderheitsaktionärs gegenüber einem fortgesetzten Machtmissbrauch der Majorität, die jene in rücksichtsloser Weise vergewaltigt und die Gesellschaft ihren eigenen Interessen dienstbar macht . . . Unter solchen Umständen erweist sich nämlich die Gesellschaft als innerlich zerfallen. Da sie nicht so sehr den Interessen der Gesellschaft als solcher — unter angemessener Berücksichtigung der Interessen sämtlicher Gesellschafter — dient, als vielmehr ausschliesslich oder doch vorwiegend die Privatinteressen der Majorität verfolgt, so hat sie ihre Existenzberechtigung als Gesellschaft eingebüsst und soll daher zum Verschwinden gebracht werden können“¹⁴. Es handelt sich also um eine typische Minderheitsschutzklage des Aktienrechts, gegeben um einer objektiv unhaltbaren Situation ein Ende zu setzen. Solange nach Statuten oder Gesetz der Minderheit ein anderer wirksamer Behelf zur Verfügung steht, z. B. Anfechtung von GV-Beschlüssen nach Art. 706 OR, soll sie nicht gewährt werden, bzw. geschützt werden, da sie strikt subsidiären Charakter hat¹⁵. Es sei hier auf eine Differenzierung hingewiesen. Das Recht der Koll.- und

¹⁴ BGE 67 II 165.

¹⁵ BGE 67 II 166. — Ähnlich noch unter der Herrschaft des aOR: Hand. Ger. Zch. 7. 5. 1936 (Bl. f. z. R. 36, No. 87): Wegen Unmöglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses kann die Auflösung nicht verlangt werden. — Ein Zustand der Funktionsunfähigkeit aber wäre tatsächlich ein Auflösungsgrund, „sofern feststände, dass es sich um einen Dauerzustand handelt und die Gesellschaft inskünftig überhaupt nicht mehr in der Lage wäre, zweckentsprechende Beschlüsse zu fassen, insbesondere auch nicht den Auflösungsbeschluss“.

Komm.Ges. verweist in Art. 574, bzw. 619 OR ausdrücklich auf Art. 545, Abs. 1, Ziff. 7 (Auflösung aus wichtigem Grund). Hier bringt nun aber Art. 577 OR eine wichtige Einschränkung, indem der um Auflösung angegangene Richter, wenn von den Mitgesellschaftern widerklageweise das Ausscheiden des Auflösungsklägers verlangt wird, dem letzteren Begehren stattgeben kann. Andererseits kann durch den Richter, wenn Ausschluss verlangt wird, trotzdem auf Auflösung erkannt werden¹⁶. Bei den Kapitalgesellschaften AG und Komm.-AG spielt die Person gegenüber ihrem Kapitalanteil eine untergeordnete Rolle; daher auch die Aufstellung des für die Aktivlegitimation erforderlichen Quorums von $\frac{1}{5}$ der Kapitalbeteiligung, die freilich auch in einer Hand vereinigt sein kann¹⁷. Bei der GmbH ist jeder einzelne Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Höhe der Beteiligung am Stammkapital, klageberechtigt (Art. 820, Ziff. 4), wobei allerdings das Verschulden des den wichtigen Grund selber setzenden Mitgliedes gegen den Schutz seiner Klage sprechen wird¹⁸. Auch bei der Genossenschaft ist die Person für die gesellschaftliche Struktur wieder massgebender als bei der AG. Allerdings ist der Auflösungsgrund des richterlichen Urteils auf Begehren eines oder mehrerer Genossenschafter bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ in Art. 911 nicht aufgeführt. Es entspricht der hier intensiver ausgestalteten Treuepflicht (Art. 866) und der stärkeren persönlichen Bindung an die Körperschaft¹⁹, dass die Befugnis zur Auflösung von Innen heraus grundsätzlich dem obersten Organ, der GV, vorbehalten bleiben muss. Es ist immerhin zu sagen, dass auch ein einzelner Genossenschafter (oder Gläubiger) gemäss Art. 831, Abs. 2, bei Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl oder bei Fehlen der notwendigen Organe den Richter um Fristansetzung zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes und bei Nichteinhaltung derselben um Auflösung angehen kann. Zwar bestehen auch für AG und GmbH entsprechende Bestimmungen (Art. 625, Abs. 2, bzw. Art. 775, Abs. 2). Da bei diesen Körperschaftsformen aber die Tendenz zur Konzentration der Beteiligungen charakteristisch ist²⁰, kommt bei Ihnen als klagelegitimiert wegen Verminderung des Mitgliederbestandes praktisch nur der in seinen Interessen tangierte Gesellschaftsgläubiger in Frage. Ähnliches gilt für die Auflösungsklage nach Art. 643, Abs. 2, wegen Verletzung der gesetzlichen oder statutarischen Gründungsvorschriften unter erheblicher Gefährdung oder gar Verletzung wichtiger Gläubiger- oder Aktionärinteressen. Auch hier wird der Gläubigerschutz im Vordergrund stehen, sodass diese richterliche Auflösung nicht so sehr auf Anstoss von innen, denn von aussen erfolgt. — Einen selteneren Fall behördlicher Auflösung handelsrechtlicher Körper-

¹⁶ Siegwart, Komm. No: 6 zu Art. 577.

¹⁷ Trotz dem Wortlaut: „ . . . Aktionäre, die zusammen . . .“; vgl. BGE 67 II 163 ff.

¹⁸ Janggen-Becker, Komm. No: 13 zu Art. 820.

¹⁹ Vgl. besonders Art. 842 ff. betr. Verlust der Mitgliedschaft.

²⁰ Z. B. Einmannsgesellschaften, Strohmännertum beim Gründungsakt.

schaften brachte das sog. Kommunistenverbot²¹ mit sich, indem auch die der Kommunistischen Partei der Schweiz angehörigen oder ihr nahe stehenden Genossenschaften als widerrechtlich erklärt und durch das eidg. Justiz- u. Pol. Departement als aufgelöst erklärt und so zur Zwangsliquidation gebracht wurden²².

2. *Die Eröffnung des Konkurses.* In der Veranlassung anderer Art als die früher besprochene Konkurseröffnung infolge Anmeldung der Überschuldung²³, ist diejenige infolge formalen Konkursbegehrens von Gesellschaftsgläubigern. Dabei ist es gleichgültig ob es sich um eine ordentliche Konkursbetreibung (Art. 159 ff. SchKG), eine Wechselbetreibung (Art. 177 ff. SchKG) oder endlich um das Konkursbegehren gestützt auf einen sog. materiellen Konkursgrund (Art. 190 SchKG) handelt. Voraussetzung für die Berücksichtigung und Gutheissung der bezüglichen Begehren in den ersten beiden Fällen bildet — wenn wir von der bei handelsrechtlichen Korporationen nicht fraglichen Konkursfähigkeit und der Leistung des Kostenvorschusses absehen — die vorgängige Durchführung des Einleitungsverfahrens. Hierbei sind natürlich die gesetzten Fristen einzuhalten und ferner, was die Wechselbetreibung anbetrifft, die Vorlegung des die Wechselsexequution rechtfertigenden Titels erforderlich. Soll der Konkurs ohne vorgängige Betreibung eröffnet werden, wenn also das Einleitungsverfahren noch nicht zur grössten Wahrscheinlichkeit dargetan hat, dass der Betreibende wirklich im angegebenen Betrage Gläubiger des Betriebenen sei, hat der das Begehren auf Grund von Art. 190 SchKG stellende Gläubiger nicht nur jenen speziellen Konkursgrund glaubhaft zu machen, sondern auch seine behauptete Forderung zu beweisen. Die Konkurseröffnung selbst erfolgt ohne Aufschub, aber auch ohne jede Solennität an dem zur Konkursverhandlung angesetzten Termin, sofern die schuldnerische Körperschaft alsdann nicht noch Abweisung des Begehrens (Art. 172 SchKG), Aussetzung des Erkenntnisses (Art. 173 SchKG; Art. 16, 27 VMZ)²⁴ oder die bereits früher besprochene Verfügung des Konkursaufschubs²⁵ erwirkt.

Ob das Konkurserkenntnis in formelle Rechtskraft erwache, kann die Kridarin im Falle der ordentlichen Konkursbetreibung — nicht bei Wechselbetreibung — vermittelt Berufung (Rekurs) bei der übergeordneten Instanz überprüfen und endgültig entscheiden lassen. Jedenfalls erwächst es,

²¹ BRB betr. Auflösung der Kommunistischen Partei der Schweiz vom 26. Nov. 1940 (AS Bd. 56, S. 1861); Vollzug dieses BRB, 17. Dez. 1940 (AS Bd. 56, S. 2005).

²² Durch Verfügung I jenes Departementes vom 27. Jan. 1941 wurden in Zürich beispielsweise die Genossenschaften „Rundschau Nachrichtenagentur (Runa)“ und „Buchhandlung Stauffacher“ der Liquidation i. S. vom Art. 593 ZGB durch den Kanton überantwortet.

²³ Vgl. oben A 3.

²⁴ Rechtsstillstand während des Aktivdienstes konnte nach der Praxis auch eine juristische Person (AG, Genossenschaft) beanspruchen, wenn sie infolge des Militärdienstes der Organe und leitenden Handlungsbevollmächtigten ohne jede ordentliche Vertretung war: Pra 29, No: 19, Bl. f. z. R. Bd. 40, No: 75.

²⁵ Vgl. oben A 3.

wie Verfügungsverfügungen im allgemeinen, nicht in materielle Rechtskraft. Auch nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist von 10 Tagen (Art. 174 SchKG) kann das Konkurserkennnis vom Richter, der es erlassen hat, widerrufen werden, z. B. infolge Zustandekommens eines gerichtlichen Nachlassvertrages oder infolge Rückzuges sämtlicher Konkursangaben durch die Gläubiger, die sich etwa aussergerichtlich mit der konkursiten Körperschaft verständigt haben. Diese Besonderheit der Rückgängigmachung eines in aller Form gesetzten und im Handelsregister publizierten (Art. 176 SchKG; Art. 64 HRegVO) Auflösungsgrundes wird im materiellen Teil, insbesondere bei der Kontroverse über die Zulässigkeit der Reaktivierung, noch eingehender zu besprechen sein.

3. *Auflösungsverfügung der Verwaltung.* Die ausserordentliche, auf die durch den Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939 eingeräumten Kompetenzen bezogene Auflösung politisch gefärbter Körperschaften durch den Bund war schon kurz gestreift worden. Es waren notrechtliche Auflösungsverfügungen. Hier stehen nur die gemeinrechtlichen ausdrücklich vorgesehenen Auflösungen handelsrechtlicher Korporationen durch Verwaltungsakt zur Diskussion, vor allem die bereits einleitend aufgezählten entsprechenden Verfügungen des Handelsregisterführers²⁶.

Der Handelsregisterführer ist befugt, die betroffene Körperschaft aufzulösen, z. B. bei Renitenz der AG, Komm. AG oder Genossenschaft hinsichtlich der Einhaltung der Nationalitäts- und Wohnsitzvorschriften die Verwaltung betreffend (Art. 711, Abs. 4; 813, Abs. 2; 895 OR), oder hinsichtlich ihrer Anpassung an das neue Handelsrecht (Schlussbest. Art. 2), bzw. hinsichtlich der Anpassung ausländischer AGen, die ihren Sitz nach der Schweiz verlegen, an die hiezulande geltende Rechtsordnung (Schlussbest. Art. 14). Ob, wie Hartmann²⁷ die bezüglichlichen Bestimmungen auslegt, es ausschliesslich um handelspolizeiliche Funktionen des Registerführers geht, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben. Nach allgemeinem Verwaltungsrecht jedenfalls ist Polizei „die auf Zwangsgewalt eingestellte Verwaltung zur Wahrung der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit und Sittlichkeit“²⁸. Die Mittel zur Durchsetzung (die sog. Unrechtsfolgen im Verwaltungsrecht) sind bekanntlich Busse, Ersatzvornahme und nötigenfalls manueller Zwang. Die Einrichtung des Handelsregisters ist für die Publizität und Sicherheit des Geschäftsverkehrs geschaffen worden; sein Hauptzweck ist, durch Eintragungen (und Veröffentlichungen im HABL) zuverlässige Auskunft u. a. über die Zusammensetzung und den finanziellen Rückhalt der Personengesellschaften und handelsrechtlichen Körperschaften zuhanden des Publikums und der Geschäftswelt zu geben²⁹. Die Verwaltungsakte des Registerführers sind denn auch, jener Hauptfunktion entsprechend, im wesentlichen Beurkundungen als rechtsbestimmende Verfügungen. Allerdings räumt das

²⁶ Vgl. oben I, lit. e.

²⁷ 7 Vorträge 1937, S. 210 ff.; anlehnend His Komm. No: 43 zu Art. 927.

²⁸ Ruck, Sch.Verw.Recht I, S. 39.

²⁹ Guhl, OR, 3. Aufl. S. 573.

Gesetz dem Registerführer verschiedentlich auch die Kompetenz ein, von Amtes wegen rechtsgestaltende (konstitutive) Eintragungen vorzunehmen, wenn der zur Anmeldung beim Handelsregister Verpflichtete trotz Aufforderung und eventl. Bussenverfügung mit der Anmeldung zögert (z. B. Art. 941, 943 OR; Art. 52 ff. HRegVO; ähnlich bezüglich Änderungen und Löschungen: Art. 59 ff. HRegVO). Stets handelt es sich hier aber um eine Tätigkeit im Rahmen der Funktion des Handelsregisters, dieses beförderlichst mit den tatsächlichen Verhältnissen in Einklang zu bringen. In diesem Sinne gehört auch die Löschung ex officio einer effektiv liquidierten oder ins Ausland verlegten Personengesellschaft oder Körperschaft zu den normalen Obliegenheiten der Handelsregisterbehörden. Anders die Auflösungsverfügung, die die Korporation vorläufig der Liquidation überantwortet (insofern tief ins bürgerliche Recht eingreift) und erst nach deren Durchführung sie zum Verschwinden und damit zur befugten Löschung im HReg bringt. Dass der Staat die Macht haben muss, die Nationalitäts- und Wohnsitz-, wie die Übergangsbestimmungen des materiellen Rechts durchzusetzen, ist nicht zu bestreiten. Vom Standpunkt des Prinzips der Gewaltentrennung aus aber weniger verständlich ist die Übertragung der Auflösungskompetenz auf einen Register- (Urkunds-) beamten. Ein Korrektiv überbordenden Auflösungsseifers hat die HRegVO allerdings selber angebracht: Art. 86, Abs. 3, sieht die Möglichkeit des Widerrufs der Auflösungsverfügung binnen drei Monaten vor, wenn inzwischen der gesetzliche Zustand wieder hergestellt wird. Dies entpricht wieder allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts, dass mit Rücksicht auf das Gemeinwohl Verwaltungsverfügungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, d. h. die sie erlassende Verwaltungsbehörde bei veränderten Verhältnissen nicht daran bindet³⁰. Auch dieser Fall gesetzlicher Reaktivierung aufgelöster AGen und Genossenschaften (gemäss Art. 96 ist Art. 86 HRegVO auf die letzteren ebenfalls anwendbar) wird in anderem Zusammenhange noch zur Sprache kommen³¹.

In der Praxis ist der Registerführer mit Auflösungsverfügungen eher zurückhaltend und wenn auf die erste Aufforderung mit Fristansetzung hin seinen Anordnungen (insbesondere der Anpassung der Statuten und der Organisation an jene zwingenden Bestimmungen des neuen Rechts) nicht Folge geleistet wird, mahnt er wiederholt und eindringlicher³².

³⁰ Vgl. Ruck, Verw.R. I, S. 69 ff.; Jellinek, Verw.R. S. 280 ff. (unter Vermeidung des Ausdrucks „materielle Rechtskraft“ bezüglich Verfügungen).

³¹ Vgl. unten IV.

³² BGE 76 II 52 f. befasste sich mit einem solchen Fall der Androhung der Auflösung gegenüber einer AG; die Mehrheit des Verwaltungsrates hatte wiederholt die Auffassung bekundet, dass die angedrohte Auflösungsverfügung verhindert werden müsse. Unglückliche gleichmässige Verteilung der Aktien auf 2 feindliche Brüder und ihre Angehörigen beschränkten den VR faktisch in seiner Handlungsfähigkeit und die Statutenanpassung wurde verunmöglicht. Nachdem die unerquicklichen Verhältnisse seit 1943/44 gedauert hatten, setzte das Handelsregisteramt Ende März 1948 „eine letzte Frist“ an.

II. Abschnitt

DIE DURCH DIE AUFLÖSUNG BERÜHRTEN INTERESSEN

A. Gläubiger

1. *Der Gläubiger der Gesellschaft.* Er hat den begründeten, durch sehr reale Belange gestützten Wunsch, den eingeräumten Kredit sicher zu wissen, so dass er bei Fälligkeit mit anstandsloser Bezahlung rechnen kann. Somit wäre ihm also mit der Gesellschaftsauflösung insofern gedient, als sie die Fälligkeit seiner Forderung bringt und die Abklärung, ob das Gesellschaftsvermögen und eventuell dasjenige persönlich Gewährspflichtiger zur Befriedigung der Gläubigerforderungen ausreicht. Diese für ihn positive Funktion des Auflösungsstatbestandes wirkt sich in der Regel nicht nur bei den willkürlichen Auflösungsgründen günstig aus, sondern auch bei den unwillkürlichen, wie bei Konkurseröffnung, richterlicher oder verwaltungsmässiger Auflösung. Selbst wenn die Auflösung unter dem Druck ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse erfolgt, kann sich der Gläubiger meistens sagen, es sei immer noch besser, jetzt zu liquidieren und an der Verteilung der vorhandenen Aktiven zu partizipieren, als länger zu warten und deren weiterem Schwund zuzusehen. Endlich — und dies scheint von nicht zu unterschätzender Bedeutung zu sein — ist für ihn der Moment der Neu-disposition gekommen. Seine Anlage wird frei und er hat Musse, sich nach anderen, günstigeren oder riskanteren, Investitionsmöglichkeiten umzusehen. Das Liquidationsstadium, in das seine Schuldnerin, die aufgelöste Gesellschaft, getreten ist, wird früher oder später mit der Bezahlung der Schulden bzw. mit der prozentualen Abfindung (vom Liquidationsvergleich abgesehen) der Gläubiger enden. Die auf den ersten Blick erfreuliche Folge der Auflösung, die Reglierung der Schulden, kann aber den Gläubiger, insbesondere etwa den durch Grundpfänder gesicherten und zinslich vorteilhaft gestellten Obligationengläubiger, der sich nun im Zeitpunkt des Überflusses an anlage-suchendem Gelde mit neuen, weniger interessanten Geschäftsverbindungen vertraut machen muss, auch verdriessen.

Mit der Auflösung geht, wenn auch nicht sofort, der Kunde verloren. Häufig kreditiert der Lieferant gerade, um sich den loyalen, aber kapital-schwachen Kunden zu erhalten. Solche grosszügige Kredite gegenüber seriösen Abnehmern machen sich in der Regel bezahlt und Gläubiger und Schuldner ziehen daraus ihre Vorteile. Die Auflösung involviert notwendigerweise — von der problematischen Reaktivierung abgesehen — die Zweckänderung: An Stelle des bisherigen Zweckes, im freien Wettbewerb

zu „gewerben“ und sich zu entfalten, zu produzieren, zu verarbeiten oder einfach umzusetzen, ist das Haltsignal gesetzt worden. Wohl wird die schuldnerische Gesellschaft auch im Liquidationsstadium noch als Abnehmer in Frage kommen, um nicht in überstürztem Ausverkauf das Ergebnis zu beeinträchtigen. Aber statt des für den gesunden wirtschaftlichen Verkehr sozusagen lebensnotwendigen Odems der Entfaltungs- und Ausbaumöglichkeit zwingt die Auflösung zum Abbau, zur Stagnation und zur Beschränkung auf das für die zweckmässige Liquidation Notwendige. Das definitive Erlöschen der Geschäftsbeziehung steht in sicherer Aussicht. Die langgehegten Pläne einer produktiven Ausgestaltung dieser Beziehung zwischen dem Gläubiger als Lieferanten und dem Schuldner als Kunden sind durchkreuzt. Der Gläubiger übernehme vielleicht gern das Risiko eines auf Jahre eingefrorenen Kredites, sogar weiterer Übergangskredite, wenn nur die ausbaufähige Geschäftsbeziehung sich intensivieren liesse. Statt dessen, Rückzahlung des Kredites und — Schluss-Strich. Auf solchen Erwägungen beruht wohl die oft auffallende Bereitwilligkeit der Lieferantengläubiger, ihre Unterschrift unter scheinbar noch so uninteressante Nachlassverträge ihrer Kunden zu setzen.

Es ist nicht gesagt, dass die Auflösung in dem für den Gläubiger günstigsten Momente erfolgt. Wenn es fraglich ist, ob die Gläubigerforderungen voll gedeckt werden können, gebietet die Erfahrung die Anwendung grosser Zurückhaltung und Vorsicht. Die amtliche Veröffentlichung der Auflösung hat hin wie her schon den Geschäftswert des Unternehmens wenn nicht zerstört, so doch unterhöhlt. Eine in unmittelbarer Aussicht stehende freiwillige oder zwangsrechtliche Versteigerung der Aktiven der aufgelösten Gesellschaft mag vielleicht unter den gegenwärtigen Verhältnissen das Unnützlichste sein. Vernünftige Gläubiger auch eines konkursreifen Unternehmens sind mit dem tabula-rasa-Machen vorsichtiger geworden; wirtschaftliche Konjunkturprobleme beeinflussen nicht nur die Konkurs- und Nachlassdividende, sondern jedes Liquidationsergebnis. Nicht umsonst gewinnt der aus dem Bankengesetz übernommene sog. Liquidationsvergleich immer mehr an Bedeutung: Der Gläubiger will und soll Einfluss erhalten über die Bestimmung der Art und des günstigsten Zeitpunktes der Realisierung der schuldnerischen Aktiven. Hier mag es dem Schuldner gleichgültig sein, was etwa der Gläubigerausschuss mit den gegen Saldoquittung übergebenen Aktiven macht. Es ist dann Sache der bestellten Liquidatoren, Zeitpunkt und Modalitäten der Verwertung schwer verwertbarer Aktiven nach bester Überzeugung zu bestimmen. Wer unter wirklichem oder vermeintlichem wirtschaftlichen Drucke steht, verliert leicht das kühl berechnende Überlegungsvermögen, was sich beispielsweise in der überstürzten Deponierung der Bücher beim Konkursgericht, oppositionellen Auflösungsanträgen und stimmungsbedingten Kündigungen des Gesellschaftsvertrages zeigt. Andererseits lassen auch die richterlichen und verwaltungsmässigen Auflösungen das Verständnis für die wirklichen Interessen der Gesellschaftsgläubiger oft deshalb vermissen, weil auf Grund eines rein formalrechtlichen

Tatbestandes, wie Konkursbegehren, Nichtberücksichtigung der Fristansetzung der Registerbehörde, prozessual richtig eingeleitete und substantzierte Auflösungsklage, die weittragende Massnahme verfügt werden muss. Die Gesellschaftsgläubiger sind in diesem Verfahren regelmässig nicht direkt, unmittelbar Beteiligte. Schon deshalb kann die Instanz, auch wenn sie fähig und gewillt wäre, ihren Interessen Rechnung zu tragen, dies nur auf dem Umwege der ermahnenden und beratenden Einwirkung auf die Direktbeteiligten, die säumige Gesellschaft, die klagenden Gesellschafter, eventl. den den Konkurs anbegehrenden Gläubiger usw. erreichen.

2. *Der Gläubiger des Gesellschafters.* Ähnlich, wenn auch naturgemäss nicht parallel laufend mit den Gesellschaftsgläubiger-Interessen, sind die den Gläubiger des Gesellschafters leitenden Interessen. Eine Divergenz ergibt sich bereits aus der Unzulässigkeit der Verrechnung einer Forderung an den Gesellschafter mit dem Guthaben der Gesellschaft (Art. 573, Abs. 1 OR). Selbst dort, wo der Gesellschafter subsidiärer Schuldner des Gesellschaftsgläubigers ist (Art. 568, Abs. 3 OR), kann das Interesse an der Auflösung oder Nichtauflösung des primär haftenden Schuldners (= der Gesellschaft) sich im Hinblick auf den subsidiär haftenden in sein Gegenteil verkehren. Für die Gesellschaft bestünde beispielsweise eine offenbar aussichtsreiche Sanierungsmöglichkeit (ohne den Gläubigern Abstriche zuzumuten), so dass nicht nur die Gesellschaftsbilanz wieder unzweifelhaft aktiv, sondern auch die volle Liquidität der Gesellschaft in absehbarer Zeit wieder hergestellt würde. Im Gegensatz dazu verschlechtert sich die persönliche Vermögensanlage der subsidiär unbeschränkt haftenden Gesellschafter, bzw. Genossenschafter zusehends. Wird die Gesellschaft *j e t z t* aufgelöst, so wird der Gläubiger für den eventl. Ausfall bei der Liquidation der Gesellschaft von den Gesellschaftern befriedigt werden können. Wird mit der Auflösung zugewartet, erholt sich mutmasslich die Gesellschaft, dagegen wird die subsidiäre Haftung wertloser. Muss der Gläubiger die Beteiligung seines Schuldners an der Gesellschaft als wichtiges Aktivum bewerten, ohne welches dieser überschuldet wäre, geht sein Interesse in der gleichen Richtung, wie dasjenige der Gesellschaftsgläubiger: Auflösung vor Weiterentwicklung, dagegen Stundung bei offenkundiger Inopportunität der Gesellschaftsauflösung. Die Ungeeignetheit des für die Auflösung gewählten Zeitpunktes würde sich naturnotwendig auf das dem Gläubiger zur Befriedigung dienende Aktivum der Gesellschaftsbeteiligung seines Schuldners nachteilig auswirken.

B. Die Gesellschafter

Schon die Tatsache, dass eine, wenn auch qualifizierte Mehrheit die Gesellschaftsauflösung rechtswirksam beschliessen oder durch Klage beim ordentlichen Richter, bzw. Begehren beim Konkursgericht provozieren kann, während vielleicht triftigere Argumente der Mitgesellschafter wirkungslos abprallen, lässt erkennen, dass die im konkreten Falle ausgespielten Ge-

sellschaftsinteressen alles andere denn homogen und gleichlaufend sind. Dabei sei gänzlich abgesehen von den Fällen bei den Personengesellschaften, wo die Kündigung das „eigentümliche Mittel“ bildet, um dem einzelnen Gesellschafter die Auflösung zu ermöglichen¹ (Art. 545, Ziff. 6, Art. 546, 574, 619 OR) und dem andern, den des Ausschlusses des einen durch die Mitgesellschafter (Art. 578, 619 OR). Auch ohne diese krassen Gegensätze, bezüglich welcher das Gesetz die Willenserklärung des einen gegen alle andern, bzw. aller gegen den einen als Auflösungsgrund gelten lässt, sind der widerstreitenden Interessen im Hinblick auf die Auflösung noch die Menge.

1. *Der Gesellschaftsanteil i. w. S.* (inbegriffen also die Aktie als virtuelles Vermögensrecht gegenüber der AG, der Genossenschaftsanteil, die Kommandite usw.) repräsentiert das zunächst liegende pekuniäre Interesse des Gesellschafters. Zeitigt seine bilanzmässige Wertung nur noch ein ganz unsicheres Ergebnis, betrachtet er es zurecht als wenigstens momentan gefährdet. Das an sich geldlich nicht erfassbare, die andern wirtschaftlichen Betätigungen aber störende Bewusstsein der Unsicherheit der Beteiligung ist häufiger, als nüchtern denkenden Kaufleuten sonst zugemutet wird, die psychologische Ursache der Auflösungs**bereitschaft** im grösseren, ähnlich orientierten Gremium, und des Auflösungs**willens** bei ausschlaggebender Beteiligung. Eine Ausnahme macht einzig der von Malaise befallene Inhaber-Aktionär, bzw. der Berechtigte aus nichtvinkulierten Namenaktien. Solche Gesellschafter können börslich oder ausserbörslich ihre Beteiligungsrechte ohne weiteres versilbern. Sie lösen den von allerlei sachlichen, aber auch psychologischen Faktoren bestimmten Kurs. Die andern aber, Genossenschafter, Kollektiv- und Kommanditgesellschaftler, Stamman teilberechtigte bei der GmbH und „vinkulierte“ Namenaktionäre sind gesellschaftlich stärker gebunden. Blosses Desinteressement nützt hier nichts, sondern kann sogar, wenn eine aktive Minorität ihre höchstpersönlichen Interessen durchsetzen will, jeden Einzelnen der missgelaunten Mehrheit schädigen. Die Genossenschaft kann, abgesehen von der einzuhaltenden Kündigungsfrist — Art. 844 OR — mit Sperre des Austrittes auf 5 Jahre und gegebenenfalls einer statutarisch festgelegten Auslösungssumme — Art. 842, Abs. 2, 843 OR — den Einzelaustritt so sehr erschweren, dass die Reue für den zu wenig überlegten Eintritt gern mit rascher Bereitschaft für den Auflösungsbeschluss, bzw. die Auflösungsklage kompensiert wird. Bei der GmbH hat das Gesetz (Art. 776, Ziff. 3 OR) mit der statutarischen Verankerung des Personenbestandes und der Kapitalbeteiligung jedes Gesellschafters, den Einzelaustritt, bzw. Ersatz durch einen neuen Gesellschafter derart kompliziert gestaltet, dass mancher aus Scheu vor den Umtrieben darauf verzichtet. Jede persönliche Änderung im Gesellschafterbestand oder auch nur die Höhe ihrer Beteiligung bei gleichbleibendem Stammkapital setzt eine Statutenänderung und damit öffentliche Beurkundung und Han-

¹ Siegwart, Komm. No. 18 zu Art. 545/47.

delsregistereintrag voraus. Dies trotz der vorgeschriebenen alljährlichen Einreichung einer Anteilliste an das Handelsregisteramt gemäss Art. 790 OR.

Bei der AG kennen wir eine intensivere Bindung des Gesellschafters — abgesehen von kartellmässigen internen Abreden — nur vermittelt der fakultativen statutarischen Vinkulierung der Namenaktien². Die Aktien sind gemäss statutarischer und gegebenenfalls auch auf dem Titel wiederholter Bestimmung entweder überhaupt nicht oder nur mit Zustimmung eines Organs (meist des Verwaltungsrates) übertragbar. Die Statuten können sogar bestimmen, dass die Zustimmung zur vollwirksamen Übertragung des Mitgliedschaftsrechts, d. h. die Bewilligung zur Eintragung der Änderung im Aktienbuch, ohne Angabe von Gründen verweigert werden kann (Art. 686, Abs. 2 OR). Wohl kann bei blosser Vinkulierung in den Statuten, ohne dass die bezügliche Klausel in der Skriptur des Titels figuriert, der hinsichtlich der Mitgliedschaft gebundene Aktionär sein Vermögensrecht (bedingter quotenmässiger Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös) durch Übergabe des indossierten Aktientitels, bzw. Zession, veräussern. In der Praxis werden solche Titel denn auch gehandelt. Der Ausschluss oder die von allerlei subjektiven Imponderabilien abhängige Erschwerung der gleichzeitigen Übertragung des Mitgliedschaftsrechts drücken begreiflicherweise auf den Verkehrswert einer solchen Beteiligung. Der Erwerber, der über das Schicksal der AG, ihre Geschäftsführung, ihre Reservestellungen und Gewinnausschüttungen nicht mitbestimmen und ein Kontroll- und Mitspracherecht nicht ausüben kann, ist benachteiligt gegenüber dem Erwerber eines nichtvinkulierten Titels, der Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch und damit auf Einsetzung in die vollen Mitgliedschaftsrechte hat. Die Lage für den gesellschaftsmüden Aktionär wird besonders dann unerquicklich, wenn die Verweigerung der Eintragung ohne ersichtlichen triftigen Grund erfolgt^{2a}, ja die den Verwaltungsrat stellende massgebliche Mehrheit offenbar seit Jahr und Tag für sich einen grossen Spekulations-Coup vorbereitet, natürlich unter Abschaffung der Übertragungsbeschränkung auf den ihr gutschheinenden Zeitpunkt! Was bleibt dem durch solche skizzanösen Machenschaften angewiderten Aktionär schliesslich anderes übrig, als auf Auflösung der durch die Mehrheit für ihre egoistischen Ziele

² Es brauchen nicht notwendig Aktientitel als Wertpapiere ausgegeben zu sein; das Vorhandensein eines solchen ist auch für die Übertragung der Mitgliedschaft nicht unbedingt erforderlich; vgl. Siegwart, Komm. N. 40 zu Art. 622.

^{2a} In dem bereits (I. Abschnitt, Anm. 32) erwähnten BGE 76 II 55 ff. handelte es sich um eine durch Ausnützung der Abwesenheit eines massgeblichen Verwaltungsrates und Aktionärs ermöglichte, bzw. an die Gegenpartei verunmöglichte Übertragung von Namenaktien. Ein Verschiebungsgesuch des beruflich anderweitig in Anspruch genommenen Aktionärs war wohl gerade zu diesem Zwecke abgewiesen worden. Das Bundesgericht sah darin insofern keinen Rechtsmissbrauch, als bei Nichtausnützung der günstigen Konstellation „es mit einiger Sicherheit zu einer Auflösung der AG“ gekommen wäre. Selbst vom „Gesichtspunkt des Eigennutzes“ der betroffenen Aktionärgruppe aus, rechtfertigte sich die Aufhebung der bezüglichen Verfügungen und Beschlüsse nicht.

missbrauchten AG zu tendieren? Da es der AG als Kapitalgesellschaft bei voll einbezahltem Grundkapital grundsätzlich gleichgültig sein kann und muss, wer Mitglied ist, muss der überdrüssige Aktionär einen Rechtsbehelf haben, um seine Beteiligung zu ihrem wirklichen Wert zu realisieren. Nach Art. 575 OR kann sogar der Gläubiger, bzw. die Konkursverwaltung eines Gesellschafters die Kollektivgesellschaft unter Druck setzen, den errechneten Liquidationsanteil des schuldnerischen Gesellschafters herauszugeben oder aber die Gesellschaft aufzulösen. Eine analoge Regelung treffen wir in Art. 793 OR bezüglich der GmbH. Es darf wohl a fortiori geschlossen werden, dass es jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Aktionär, dem die Übertragung seines vollen Aktienrechts ohne stichhaltige Gründe verweigert wird, die Auflösung der Gesellschaft betreibt und so die endgültige Realisierung seiner Beteiligung erzwingt.

2. *Der wirtschaftliche Wettbewerb.* Mag auch der Gesellschaftsanteil als das zunächst liegende und auffallendste Interesse im Zusammenhang mit der Frage der Gesellschaftsauflösung betrachtet und angesprochen werden, verdient doch das Konkurrenzverbot dank seiner oft einschneidenden Wirkungen in der Reihenfolge der widerstreitenden Interessen wenigstens den zweiten Rang. Es kommen hier nicht nur die weiter unten zu besprechenden gesetzlichen oder statutarischen Konkurrenzverbote zugunsten der Gesellschaft und zu Lasten des Gesellschafters in Frage, sondern auch interessante Auswirkungen einer durch Auflösungsbeschluss herbeigeführten Liquidation auf die weitere wirtschaftliche Betätigung der früheren Gesellschafter.

a) Gestützt auf Art. 17 f. des Wettbewerbsgesetzes³ erliess der Bundesrat am 16. April 1947 die Ausverkaufsordnung⁴. Art. 16 dieser VO enthält den Grundsatz des Geschäftseröffnungsverbotes mit einer Sperrfrist von 1-5 Jahren:

„Bei der Bewilligung eines Totalausverkaufes hat die zuständige Behörde dem Gesuchsteller zu verbieten, innert einer Sperrfrist von einem bis zu fünf Jahren seit Beendigung des Totalausverkaufes ein gleichartiges Geschäft zu eröffnen“.

Nach Ziff. 2 ist der Eröffnung eines gleichartigen Geschäftes gleichgestellt: „a. Die Übernahme eines solchen oder die Umwandlung in ein solches;

b. die Beteiligung als stiller Gesellschafter, die Beteiligung an einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, einer GmbH, sowie die massgebliche Beteiligung an einer AG, Komm. AG oder Genossenschaft, sofern ein gleichartiges Geschäft betrieben wird...“

Ziff. 4: „Bei Gesellschaften und juristischen Personen ist der Gesellschaft oder juristischen Person als solcher das Verbot aufzuerlegen

³ BG vom 30. Sept. 1943 über den unlauteren Wettbewerb, AS 61/1 f.

⁴ VO über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen, AS 63/337 f.

und zugleich den geschäftsführenden Gesellschaftern oder den geschäftsführenden Mitgliedern der Organe und den sonst am Geschäft massgeblich Beteiligten“.

Es ist nun freilich nicht gesagt, dass jeder Auflösung überhaupt ein eigentliches Liquidationsstadium nachfolgen⁵, noch dass die Liquidation im Gefolge der Auflösung zum Zwecke der raschestmöglichen Versilberung der Aktiven den Weg des Totalausverkaufs nehmen müsse. Mit der Gesellschaftsauflösung kann beispielsweise die Geschäftsübertragung an einen oder mehrere bisherige Gesellschafter beschlossen werden. Siegwart sagt: Es ist „auch denkbar, dass gerade erst die Inaussichtnahme einer Geschäftsübertragung den Auflösungsbeschluss herbeigeführt hat“⁶. Ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn eine Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) zum Zwecke der Fusion mit einer andern sich auflöst, sei es durch Absorption durch die letztere oder durch Neugründung einer dritten Firma mit ihr⁷. Doch auch abgesehen von diesen besonderen Auflösungsfolgen sind Geschäftseröffnungsverbote gegenüber geschäftsführenden Gesellschaftern und kapitalmässig massgeblich Beteiligten nicht selten⁸. Da die Verordnung erst auf Neujahr 1948 in Kraft trat, wird sich noch kaum ein abschliessendes Urteil über die Zweckmässigkeit der gewordenen Regelung und die Auswirkungen der verhängten Sperrfristen bilden lassen. Die Tatsache der prompten Anwendung durch die kantonalen Vollzugsbehörden muss den in Verwaltung, Geschäftsführung oder Beteiligung massgeblichen Gesellschaftern jedenfalls nahelegen, nicht nur die momentane ökonomische Chance der Realisierung ihrer Beteiligung durch Auflösung und Liquidation der Gesellschaft bei der Stellungnahme zum Traktandum „Auflösung“ in die Waagschale zu werfen. Wenn die Gesellschafter auf beförderliche Auszahlung dringen und eine günstige Offerte für die Gesamtveräusserung nicht vorliegt, bleibt praktisch kein anderer Weg als der Totalausverkauf. Dass dabei trotz des begriffsnotwendigen Lockmittels der Preisherabsetzung doch

⁵ Es ist vor allem die Ausschaltung von Gesellschaftern, Art. 575 OR, zu erwähnen, womit trotz Eintritt des Auflösungsgrundes die vollständige Auflösung vermieden werden kann; aber sogar der unwillkürliche Auflösungsgrund der Konkurseröffnung (vgl. oben 8 B 2) leitet nicht notwendig zur Durchführung der Liquidation über, indem der bestätigte Nachlassvertrag (Art. 293 f. SchKG) zum Konkurswiderruf führt; selbst der Nachlassvertrag mit Abtretung aller Aktiven (Liquidationsvergleich) bringt zwar meistens, aber nicht notwendig, die Auflösung der Gesellschaft mit sich.

⁶ Siegwart, Komm. N. 12 zu Art. 574.

⁷ Im Falle der Absorption wird die aufgelöste Gesellschaft in die andere ohne Liq. mit Aktiven und Passiven aufgenommen; vgl. His, Komm., N. 33 zu Art. 937. — Für AG und Genossenschaft vgl. die bezügliche ausdrückliche Regelung in Art. 748/49, bzw. 914/15 OR.

⁸ Im HAB vom 4. Okt. 1949 (No. 232—2582) wird beispielsweise im Zusammenhang mit dem Liquidationsausverkauf der Fa. D. u. Co. (AG) der Geschäftsführer W., dem Verwaltungsratspräsidenten lic. iur. F. und dem Hauptaktionär H. das Geschäftseröffnungsverbot auferlegt. — Laufend erfolgen ähnliche Publikationen.

auf die Marktlage, Geldflüssigkeit und Warenbedürfnis, Rücksicht zu nehmen ist, erfordert schon das Interesse aller Beteiligten an der bestmöglichen Verschönerung der Aktiven. Wenn schon ein kleiner Ausverkaufsrabatt zum Erfolg führt, ist allen gedient, sogar der Konkurrenz. Sie sieht ihre regulären Preise nicht erschüttert und kann nötigenfalls — ohne Liq.-Ausverkauf — der Preissenkung folgen. Hier scheint die Sperrfrist für die massgeblich Beteiligten der liquidierenden Gesellschaft darum besonders stossend, weil die rasche Liq. über Ausverkauf vielleicht mit dem gesetzlich oder statutarisch erforderlichen Quorum von den für ein persönliches Geschäftseröffnungsverbot zum vornherein nicht in Frage kommenden Kleinaktionären beschlossen wurde, andererseits aber der Liquidationsverkauf der Konkurrenz keine nennenswerten Nachteile bringt. Da es sich um eine gewillkürte Auflösung durch Schlussnahme des obersten Organs handelt, besteht auch keine Möglichkeit der richterlichen Überprüfung. Es könnte ansonst vielleicht die Frage gestellt werden, ob die Auflösung für die Minderheit, die die Gesellschaft fortsetzen möchte, nicht unverhältnismässig grössere Nachteile bringe, als die für die Mehrheit aus der sofortigen Liquidation zu errechnenden Vorteile ausmachen können⁹.

b) Einfacher und bekannter ist das aus der Treuepflicht resultierende Konkurrenzverbot zu Lasten des Gesellschafters und zu Gunsten der Gesellschaft. Bei den Personengesellschaften (einfache Gesellschaft Art. 536, Kollektivgesellschaft Art. 561, Kommanditgesellschaft Art. 598) besteht für die Gesellschafter — mit Ausnahme des Kommanditärs¹⁰ — die Pflicht zur Unterlassung jeder geschäftlichen Betätigung im Geschäftszweig der Gesellschaft ausserhalb derselben. Die Formulierung ist besonders scharf bei der Kollektivgesellschaft, Art. 561: Verboten ist jede Tätigkeit, die generell geeignet ist, das geschützte Gewerbe zu schädigen; ein konkreter Schaden braucht nicht eingetreten zu sein¹¹. Aber auch GmbH und Genossenschaft, Art. 818, bzw. 866/67, kennen, wenn auch in beschränktem Rahmen, die aus dem gegenüber der AG intensiveren persönlichen Einsatz der Mitglieder sich ergebenden Unterlassungspflichten. Das in Art. 818 ausdrücklich — aber als dispositives Recht — statuierte Konkurrenzverbot gilt nur für die geschäftsführenden Gesellschafter (und gegebenenfalls wei-

⁹ Anders bei der Auflösung durch richterliches Urteil: Hier werden die geltend gemachten „wichtigen Gründe“ auch unter dem Gesichtswinkel von Art. 2 ZGB zu überprüfen sein; gleiches gilt, wenn statutarisch die Kündigung „aus wichtigen Gründen“ statt der richterlichen Auflösung vorgesehen ist, das Vorliegen wichtiger Gründe von den Mitgesellschaftern aber bestritten wird. BGE 74 II 174: „Ist das Vorliegen wichtiger Gründe und damit die Rechtsgültigkeit einer erfolgten Kündigung bestritten, . . . so kann die eintragungspflichtige Gesellschaft im HReg erst gelöscht werden, wenn ein richterliches Urteil die rechtsgültig erfolgte Auflösung feststellt.“

¹⁰ Für ihn gelten im Hinblick auf seinen geringen Einblick in die Gesellschaftsangelegenheiten und mangels einer Pflicht zur positiven Mitarbeit largere Normen; vgl. Siegwart, Komm., N. 5 zu Art. 598.

¹¹ Siegwart, Komm., N. 5 zu Art. 561.

terer Exekutivorgane), es sei denn, dass es gemäss Art. 777, Ziff. 5 OR auf alle Gesellschafter ausgedehnt wurde. Bezüglich der Genossenschaft stellt Art. 866 OR an die Spitze des Pflichtenkataloges die Treuepflicht, „worunter man das loyale Verhalten jedes Mitgliedes gegenüber der Gemeinschaft und insbesondere die Wahrung der Interessen der Genossenschaft in guten Treuen zu verstehen hat“¹². Das Konkurrenzverbot ist nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich aber aus der erwähnten Treuepflicht¹³ und kann jedenfalls gemäss Art. 867, Abs. 1, als besondere (negative) „Leistungspflicht“, als Konkurrenzenthaltungspflicht in die Statuten aufgenommen werden. Gemeinsam ist diesen aus Gesetz oder Statuten abzuleitenden Konkurrenzverboten, dass sie nur während des Bestehens der Gesellschaft wirksam sind, so dass die Auflösung das Verbot grundsätzlich dahinfallen lässt! Mancher Anstoss zur Gesellschaftsauflösung leitet sich aus dem Bestreben zur Beseitigung der als hemmend empfundenen Enthaltungspflicht ab. Janggen-Becker¹⁴ gehen sogar soweit, „die Vorbereitungen zur späteren Konkurrenzierung“ bei bevorstehender Auflösung als zulässig zu erklären, sofern darin nicht eine eigentliche Erschwerung der Gesellschaftsliquidation zu erblicken sei.

c) Mit der Auflösung können Konkurrenzverbote auch erst zu ihrer Auswirkung kommen. Wir sehen dabei ab von dem Fall, dass ein höherer Angestellter zum Teilhaber in „seiner“ Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft aufrückt unter Beibehaltung seiner dienstvertraglichen Funktionen. Bei der durch sein Ausscheiden bedingten Gesellschaftsauflösung käme wohl ohne weiteres die immerhin auch einschränkende Regelung von Art. 356 f. OR in Frage. Trotz seiner jetzigen Gesellschaftereigenschaft wirkt das seinerzeit vereinbarte dienstvertragliche Konkurrenzverbot wegen des Einblickes in Kundenkreis und Geschäftsgeheimnisse fort¹⁵. Jene eingehendere Ordnung ist aber auf anders gelagerte Tatbestände nicht ohne weiteres anwendbar¹⁶. Scheidet, wie beim Tatbestand, der BGE 56 II 50 f. zu

¹² Guhl OR (4. Aufl.), S. 582. — Löhlein, „Treuepflicht des Aktionärs?“ in Juristische Rundschau 1950, S. 497 f.: „Allgemein gilt: Wo sich mehrere Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Interesses zusammenfinden, da muss gegenseitiges Vertrauen herrschen; ihm entspricht eine *allgemeine* Treuepflicht, die die Einstellung des einzelnen Mitgliedes insoweit in die Richtung des gemeinschaftlichen Interesses zwingt, als das *Einwirkungsvermögen* dieses Mitgliedes reicht, und die dem durch die Treuepflicht geschützten Gemeinschaftsinteresse den Vorrang vor dem Individualinteresse des Mitgliedes gibt“.

¹³ Gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 846, Abs. 1 und 2. — BGE 72 II 120 führt allerdings aus, „die Verfolgung eigennütziger Interessen durch ein Vorstandsmitglied (sei) anders zu beurteilen, als diejenige eines gewöhnlichen Genossenschafters“. — Nach BGE 69 II 46 (unter Berufung auf die Botschaft 1928) kann sich aus Art. 866 „nach den Umständen für einen Genossenschafter das Verbot ergeben, die Genossenschaft zu konkurrenzieren“.

¹⁴ Janggen-Becker, Komm., N. 1 zu Art. 818.

¹⁵ Vgl. Siegwart, Komm., N. 18 zu Art. 561 über die Vermischung gesellschaftlicher und aussergesellschaftlicher Pflichten.

¹⁶ BGE 56 II 53 f. und frühere: 53 II 329, 51 II 440.

Grunde lag, der frühere in der Branche tätige Geschäftsinhaber, darauf Kollektivgesellschaftler, dann infolge Umwandlung der Gesellschaft Aktionär, Verwaltungsrat und Geschäftsführer aus, so hat das beim Austritt eingegangene und mit Fr. 25 000,— abgegoltene Konkurrenzverbot wesentlich anderen Charakter. Es gelten die allgemeinen Normen des Vertragsabschlusses, insbesondere nur die Schranken von Art. 19 und 20 OR, und die üblichen Folgen der Nichterfüllung. Insoweit kann ein auf den Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft hin wirksam werdendes Konkurrenzverbot bereits Bestandteil des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages, eines Zusatzvertrages, oder endlich eines Ausscheidungs- oder Liquidationsvertrages sein¹⁷. Der Kommentator lässt die vorbehaltlos aufgestellte Verpflichtung auch dann wirksam werden, wenn — bei Personengesellschaften — der oder die Berechtigten selber Anlass gegeben haben zur Auflösung der Gesellschaft! Hauptbedeutung gewinnt dieses verselbständigte Konkurrenzverbot im Liquidationsvertrag, der häufig mit dem Auflösungsbeschluss Hand in Hand geht. Allerdings entspricht es der Natur des ersteren, dass es zugunsten der eventl. von andern Gesellschaftern reaktivierten und weitergeführten Gesellschaft oder — bei endgültiger Auflösung — des das Geschäft als Ganzes übernehmenden Gesellschafters eingegangen wurde, „nicht zum dauernden persönlichen Vorteil der Mitgesellschafter“¹⁸.

C. Volkswirtschaftliche Belange

Den eben besprochenen zunächst Interessierten mit ihren zumeist eigennützigen, pekuniären Bestrebungen steht häufig die Allgemeinheit als Wirtschaftskörper mit eigenen Sorgen, Gebrechen und Zielen gegenüber. Es sind naturgemäss auch andere Interessen, die hier im Vordergrund stehen. Soll durch die Auflösung der Gesellschaft ein gesundes, hinsichtlich finanzieller Grundlage, Organisation, seriöser Geschäftstradition vollkommen lebensfähiges und aussichtsreiches Unternehmen liquidiert werden und untergehen? Oder soll nur einem von der loyalen Konkurrenz und der eigenen Kundschaft als unhaltbar empfundenen Zustand ein Ende bereitet werden? Drängt ein Kartell, Konzern auf sofortige Liquidation oder soll gar der gesunde Klein- oder Mittelbetrieb zu einem sog. Mammut-Unternehmen ausgebaut werden und darin verschwinden? In Anbetracht der stereotypen Krisenempfindlichkeit der einheimischen Wirtschaft — als Ganzes betrachtet, unter Einbezug der staatlich gelenkten und durch Steuergelder gestützten Zwangskartelle — drängen sich solche Überlegungen auf. Auf die herkömmlichen Begriffe der verschiedenen Wirtschaftssysteme, wie Kapitalismus, Sozialismus, Liberalismus, aber auch Planwirtschaft, Freiwirtschaft, kann hier nicht eingetreten werden¹⁹.

¹⁷ Siegwart, Komm., N. 17 zu Art. 561.

¹⁸ Siegwart, a. a. O. N. 19.

¹⁹ Vgl. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in ZBJV Bd. 85, S. 331 f.

1. Der Trust als typischer Ausdruck des sog. Hochkapitalismus wird im modernen Wohlfahrtsstaat wegen der sozialen und politischen Nachteile einer gefährlichen Zusammenballung von Macht verdächtigt und gefürchtet. Mit schwachen gesetzgeberischen Mitteln werden — in andern Staaten ²⁰ — wenigstens seine grössten Auswüchse zu bekämpfen gesucht. Er wird definiert als ein „durch eine Holding oder durch Fusion bewirkter finanzieller Zusammenschluss mehrerer Unternehmungen zu einer wirtschaftlichen Einheit von grösserer marktmässiger Bedeutung unter zentraler Leitung“ ²¹. Begriffswesentlich ist für den Trust ferner, dass die einzelnen angeschlossenen Unternehmen ihre Selbständigkeit verlieren, ob es sich um einen Holding- oder um einen Fusionstrust handelt. Allerdings bewahren beim Holdingtrust die einzelnen wirtschaftlich zu einer Einheit verschmolzenen Unternehmungen rechtlich ihre Persönlichkeit; ihr Schicksal als Tochtergesellschaften wird aber nicht mehr von ihnen selbst, sondern von der übergeordneten und sie beherrschenden Beteiligungsgesellschaft bestimmt, die, sobald es ihr gut scheint, den Betrieb als vom Trust aus betrachtet „unwirtschaftlich“ stilllegen kann ²², ohne dass deswegen die scheinbar selbständige Tochtergesellschaft aufgelöst, liquidiert und im Handelsregister gelöscht werden müsste. Beim Fusionstrust verschwindet nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die rechtliche Selbständigkeit ²³. Trotz mancher

²⁰ Vgl. die Antitrustgesetzgebung der USA, die sich allerdings nicht nur gegen die Trusts, sondern auch gegen gewisse Kartellbindungen richtet, bei H. Trumpler, Basel 1944. — Ferner die Erörterungen über eine Gesetzgebung in Westdeutschland zur Verhinderung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht durch Kartelle, Trusts und Monopole, die in ein Stadium der Verwirklichung getreten zu sein scheinen. Nach Bundesjustizminister Dr. Dehler soll die Monopol- und Kartellgesetzgebung zur Schlüsselfrage der Wirtschaftspolitik gemacht werden. „Auf dem Binnenmarkt müssten mehr als bisher alle Kräfte der Selbsthilfe ermutigt werden, welche auf die Ausweitung des Wettbewerbes und auf die freie Beweglichkeit von Arbeit, Ware und Kapital gerichtet seien“. Es ist nicht zu verkennen, dass die Grundgedanken des allerdings noch nicht fertig beratenen Entwurfes weitgehend von der amerikanischen Antitrustgesetzgebung beeinflusst sind. (Tagesanzeiger 8. Nov. 1949, No. 262.) Über die amerikanische Antitrustgesetzgebung und ihre internationalen Auswirkungen referierte E. Wolf in ZBJV Bd. 86, S. 193 f., 214 f. Vgl. ferner Haussmann, F., Der Antitrustgedanke im Wirtschaftssystem, Zürich 1950. — In der Schweiz hat es nach Siegwart, Komm., N. 159 Einleitung zum Aktienrecht, an „einer eigentlichen ersten Strömung, die auf Schaffung einer eingehenden gesetzlichen Ordnung ausgegangen wäre“, gefehlt, woraus u. a. geschlossen werden könne, „dass die Missbräuche in der Schweiz nicht so arg sind, als dies nach der ganzen Sachlage möglich wäre. — Hier ist immerhin zu bedenken, dass die Chemische, die Baumaterialien- (Zement-, Gips- usw.), die Elektrizitäts- und die Uhrenindustrie konzerniert und häufig vertrustet sind. Über den Unterschied und die gegenseitigen Verbindungen von Trust und Konzern vgl. F. Marbach, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932. Als typisches Beispiel eines Fusionstrusts mag das schweiz. Flugwesen dienen. („Bal Air“ plus „Ad Astra“ = „Swissair“ 1931; „Swissair“ absorbiert 1948 die „Alpar“ Schweiz. Luftverkehrs AG).

²¹ Ruchti, Art. „Trust und Konzern“ in Handb. d. schweiz. Volkswirtschaft, Bern 1939, II, S. 428.

²² Über die sozialen Rückwirkungen einer solchen Massnahme vgl. unten D.

volkswirtschaftlichen Vorteile, die der Trust zu bieten vermag, wie die Verwirklichung optimaler Betriebsgrössen, Zentralisierung und Koordination der Forschungstätigkeit, Spezialisierung und Rationalisierung der Betriebe, bedeutet die Auflösung zum Zwecke der Trustbildung — gleich der Liquidation „auf Befehl“ eines Trusts oder Konzerns — ohne Rücksicht auf die Höhe der gebotenen Abfindung vom Standpunkt der nationalen Volkswirtschaft aus in der Regel eine Fehldisposition²⁴.

Dass der anlagepolitische Grundsatz einer gesunden Risikoverteilung, wie er etwa beim Investment-Trust ausgeprägt gehandhabt wird, für sich allein nicht die volkswirtschaftliche Maxime sein kann, ergibt sich schon aus der Tatsache eines lebenswilligen und im allgemeinen auch lebenskräftigen grundsätzlich selbständigen Gewerbe- und Handelsstandes. Familientradition, Fachkenntnisse und Berufsfreude verbieten oft schon vom moralischen Standpunkt aus ein Abgehen von der vollumfänglichen persönlichen Haftbarkeit für „das Geschäft“. Dies ist ein an sich ebenso wichtiges Element einer gesunden nationalen Wirtschaft. Der Kleingewerbler, Einzelkaufmann usw. steht in scheinbarer Opposition zum genossenschaftlichen und kapitalgesellschaftlichen Zusammenschluss seiner Branche. Die Rationalisierungsmöglichkeiten des letzteren erschweren scheinbar die Konkurrenzfähigkeit. Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Betriebe wirken sich für Direktkonsumenten, wie für weiterverarbeitende Branchen nur vorteilhaft aus — solange nicht das Kartell- oder Trustgebilde den der Allgemeinheit zukommenden Gewinn abschöpft oder abzuschöpfen zwingt. Aber die sog. freien Handel- und Gewerbetreibenden haben zu einer volkswirtschaftlich und politisch sehr anrühigen Selbsthilfe gegriffen, dem Verband, Bezirks-, Kantonal- und schweiz. Brancheverband und daneben zur obligatorischen Mitgliedschaft beim handels- und zollpolitisch aggressiven „Hauptverband“. So ungesund die Monopolstellung der Truste ist, so gefährlich der Einfluss der wirtschaftlichen Interessenverbände der Selbständigen. „Praktisch scheint gar oft eine der wichtigsten Aufgaben unserer Verbände in der nachdrücklichen Wahrung der Interessen des Wirtschaftszweiges gegenüber der Gesamtwirtschaft zu liegen. Der Kampf um Vorrechte und um die Sicherung eines möglichst grossen Anteils am Sozialprodukt wird manchem Verband nicht mit Unrecht vorgehalten. Im Vergleich zum Ausmass dieses Kampfes vieler Verbände nehmen sich die branchenmässigen Anstrengungen bescheiden aus, die primär eine Steigerung

²³ Ruchi, a. a. O. — Im Falle der Fusion durch Neugründung (vgl. oben B 2 a) werden die beiden fusionierenden Gesellschaften aufgelöst, in demjenigen durch Absorption (Inkorporation) nur die aufgenommene Gesellschaft, während die absorbierende bestehen bleibt.

²⁴ Böhm a. a. O. S. 360 f. ist allerdings der Meinung, es sei „ja auch nicht so, dass Grossbetriebe allmählich aus Klein- und Mittelbetrieben herauswachsen; vielmehr wird der Grossbetrieb als Grossbetrieb errichtet und tritt mit der von ihm im voraus spekulativ errechneten grossen Marktquote bereits am Tage seiner Betriebseröffnung in den Wettbewerb ein“.

der Wirtschaftlichkeit der Betriebe und damit der volkswirtschaftlichen Produktivität anstreben“²⁵.

2. Volkswirtschaftlich abträgliche Gebilde können unter günstigen Voraussetzungen saniert und in das Netz des gesunden Blutkreislaufes eingebaut werden. Die aus alter Erfahrung gewonnene Regel hinsichtlich „ungesunder“ handelsrechtlicher Körperschaften lautet freilich eindeutig negativ: Liquidieren!

Kein Bedauern, höchstens Vorsicht ist am Platze, wenn Personengesellschaften mit einem bloss pro forma deklarierten Kapital die Auflösung beschliessen, bzw. liquidiert werden. So etwa die Kommanditgesellschaft A & Co; wobei A als Komplementär einfach seine bisherige Einzelfirma weiterbetreibt und seinen Sohn als Kommanditär mit Fr. 500,— - 1 000,— „beteilt“, um gegebenenfalls von der Chance des Art. 619/591 OR zu profitieren. Für Gesellschaftsschulden haftet der wirkliche Geschäftsinhaber nur 5 Jahre über den publizierten Auflösungsbeschluss, bzw. -verfügung hinaus und die bezüglichen Verlustscheine werden alsdann wertlos, während die Verlustscheine gegen seine Einzelfirma eben noch bis 1 Jahr nach seinem Tode gegen die Erben hätten geltend gemacht werden können (Art. 149, Abs. 5 SchKG)²⁶. Ob die Auflösung solcher Gebilde auf dem Wege der Zwangsvollstreckung, der richterlichen Auflösungsverfügung oder der Übereinkunft der Beteiligten herbeigeführt wird: rascheste Liquidation der Gesellschaft und prompte Belangung der persönlich Haftenden durch die aus der Gesellschaftsliquidation nicht befriedigten Gläubiger wirkt in der Regel reinigend auf jene Brancheangehörigen, die mit Gedanken an eine dubiose Gesellschaftsgründung sich abgeben.

Im Aktienrecht haben zwar die zwingenden Bestimmungen der Art. 621, 633 OR bezüglich der Höhe des Grundkapitals und der bereits im Gründungsstadium erforderlichen Minimallibrierung — unter Hinterlegung der Beträge bei einer staatlichen Depositenstelle — wenigstens die krassen Missbräuche abzustellen vermocht. Die noch im letzten Halbjahr vor dem Inkrafttreten des neuen Gesellschaftsrechts, d. h. vor dem 1. Juli 1937, in auffallend gefährlicher Anzahl gegründeten und im Handelsregister eingetragenen Miniatur-AGen — mit Grundkapitalen unter Fr. 1 000,—, die kaum für die eigentlichen Gründungsspesen ausreichen — haben inzwischen im Laufe der erstreckten Übergangszeit entweder liquidiert, oder ihr Kapital auf die gesetzliche Minimallimite erhöht, oder endlich die Umwandlung in ein zweckmässigeres Gebilde, wie z. B. GmbH, vorgenommen. Der Miss-

²⁵ V. Kleinert, Steigerung der Produktivität unserer Volkswirtschaft durch branchenmässige Zusammenarbeit; in NZZ 1949, No: 2351, 2352.

²⁶ SHB vom 24. 12. 49; Zürich 21. 12. 49: B & Co. Die Kommanditärin LB ist ausgeschieden; ihre Kommandite ist erloschen. Neu ist als Kommanditär mit einer Kommanditsumme von Fr. 4 000,— eingetreten RB. . . Der Kommanditär hat seine Kommanditsumme durch Verrechnung mit einem Guthaben an die Gesellschaft liberriert.

brauch der pro forma-Barliberierung²⁷, während in Wirklichkeit eine sog. Nachgründung²⁸ bezweckt und mit den Altgläubigern des zu übernehmenden Betriebes vereinbart war, ist dank der klaren Regelung in Art. 628, Abs. 2 OR und insbesondere dank dem vom Bundesgericht unverblümt bekundeten Willen, jener Bestimmung rücksichtslos Nachachtung zu verschaffen²⁹, scheint wesentlich zurückgedrängt zu sein.

Nicht zu verhindern vermochte dagegen die Revision die häufige Überwertung der wirklichen oder vermeintlichen Aktiven der AG-Bilanz, so wenig wie diejenige in der Bilanz des Einzelkaufmanns³⁰. Gerade bei Apportsgründungen, wenn eine Einzelfirma oder Gesellschaft mit Aktiven und Passiven übernommen wird, muss regelmässig der problematische „Geschäftswert“³¹ zu hoch abgegolten werden. Ähnlich werden übernommene Immaterialgüter i. w. S. Patente, Marken, Fabrikationslizenzen, Verlags- und andere Urheberrechte, aber auch bloss kartellmässige Rayonrechte, Geschäftsgeheimnisse usw. häufig zu einem Wert bilanziert, der nur in der Phantasie des abzufindenden Apportanten besteht.

Die Unsolidität eines gesellschaftlichen oder körperschaftlichen Unternehmens erhellt besonders deutlich, wenn nicht bloss, wie im vorbesprochenen Fall, problematische Werte voll aktiviert werden, sondern gar mit Hilfe von „verschleierte[n] Bilanzen“³², unerlaubter Zerlegung und teilweiser Verheimlichung effektiver Schuldposten, durch Verschiebung von in Wirklichkeit wertlosen Guthaben auf andere, unauffällige Spezialkonti (Report-Geschäfte, Wechsel- und Vorschusskonto), Schulden unterbewertet, Aktiven überbewertet und insbesondere grosse Eventualverpflichtungen (Bürgschaften, Regressengagements) verschwiegen werden.

Werden durch die Verwaltung oder Geschäftsführung die Sonderinteressen einzelner an der Gesellschaft beteiligter Personen oder Personengruppen vertrags-, bzw. statutenwidrig in einer Art und Weise gewahrt, die den

²⁷ Vermittelt eines von der Bank zur Verfügung gestellten Sperrkontos.

²⁸ Im Gegensatz zur „Übernahmegründung“ im Sinne der „erlaubten Nachgründung“, OR 628, Abs. 2. Vgl. dazu Lehner: Die Übernahmegründung und deren Eintragung ins Handelsregister, in SJZ 44, S. 133 f.

²⁹ BGE 59 II 434, Praxis 27, No. 151.

³⁰ Vgl. Beeler, Das Bewertungsproblem in der Bilanz der Einzelfirma, in SJZ 45, S. 374 f. S. 375: „Der schwerste Mangel an dieser Bestimmung (Art. 960 Abs. 2 OR) ist aber der, dass die Praxis auch heute, zwölf Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen OR, mit ihr nichts anzufangen weiss, weil sie zu unbestimmt gehalten ist“.

³¹ Façon-, Geschäfts- oder Firmenwert, Goodwill; „Verkehr und Rechtsprechung verstehen darunter den Betrag, um den der Wert des lebendigen Unternehmens als Ganzes den Saldo übersteigt, der sich aus dem Gesamtwerte der einzelnen Aktiven nach Abzug der Passiven ergibt“. RGerZiv 167, No. 32, S. 263 f.

³² Nicht jede Bilanzverschleierung darf als Merkmal der Unsolidität gewertet werden. Besonders bei Kapitalgesellschaften können mannigfache seriöse Gründe die Leiter der Unternehmungen bestimmen, eine Bilanzpolitik zu treiben, „die darauf gerichtet ist, die Bilanzen nicht so aufzustellen, wie es dem objektiven Zweck der Bilanz entsprechend erforderlich ist, sondern sich aller möglichen Mittel zu bedienen, um Stand und Lage des Vermögens der Gesellschaft oder die Resultate

wirklichen Interessen der Unternehmung diametral entgegengesetzt ist, oder benützt der Vorstand seine Stellung dazu, in schwindelhafter Weise der Gesellschaft Verpflichtungen aufzuerlegen zu seinem eigenen Vorteil, indem er missglückte Geschäfte für eigene Rechnung nachher der Gesellschaft zuschiebt, ihr „anhängt“, so handelt es sich um Krankheitserscheinungen unsolider Gebilde, die durch die in Aussicht stehende skandalmäßige Zwangsliquidation grosse Teile der nationalen Wirtschaft zu diskreditieren drohen.

Die Abträglichkeit solcher Gebilde beruht weniger in der Tatsache des Deliktcharakters gewisser anfechtbarer Machenschaften, als im aktuellen Schaden für das Unternehmen an sich, die daran finanziell Beteiligten (Gesellschafter und Gläubiger) und gegebenenfalls andere darauf angewiesene Unternehmen. So sind denn auch die in manchen Unternehmungen zutage tretenden deliktischen Unregelmässigkeiten von Funktionären, Angestellten und Arbeitern (Diebstähle, Veruntreuungen, Betrügereien) wohl gelegentlich auf das Geschäftsergebnis von erheblichem Einfluss, schaden aber dem volkswirtschaftlichen Wert des Unternehmens solange nicht, als sie sich nicht seuchenhaft in der betreffenden Branche ausbreiten, wie z. B. das Schmiergeldwesen. Da das letztere häufig zur Auskundschaftung wichtiger Geschäftsgeheimnisse³³, wenn nicht gar als Anstiftungsmittel zur handgreiflichen grossangelegten Sabotage missbraucht wird, kann dessen Umsichgreifen die volkswirtschaftliche Existenzberechtigung des Unternehmens tangieren.

Aus dem Vergleich von Bilanz und Jahresrechnung mit den früheren günstigeren Daten und Ergebnissen kann nicht ohne weiteres auf Liquidationsreife geschlossen werden. Die scheinbar ungünstigeren Ergebnisse können auf die normale Tatsache zurückzuführen sein, dass die Geschäftsleitung zu einer vorsichtigeren Bilanzpolitik übergegangen ist, d. h. nicht mehr im früher massgeblichen Interesse der dividendenhungrigen Aktionäre, sondern nun allein unter dem Gesichtspunkt des „dauernden Gedeihens des Unternehmens“ (Art. 663, Abs. 2 OR) geführt werden soll, was offene oder stille Reservestellungen und damit Abstriche an dem zur Verteilung zur Verfügung stehenden Reingewinn bedingt. Die Schrumpfung des Gewinnes und seine Verwandlung in bilanzmässigen Verlust können auf blosser Konjunktur-Schwankung beruhen, und „Konjunkturschwankungen gleichen sich von selbst wieder aus und verlangen nur taktische Anpassung“³⁴. — Ändert sich dagegen die Struktur der Gesamt-

der Geschäftsführung oder beide zugleich zu verschleiern“: Schär, Buchhaltung und Bilanz, Berlin 1922, S. 389.

³³ Vgl. Art. 162 STGB (Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen) und insbesondere Art. 273 StGB betr. wirtschaftlichen Nachrichtendienst. Durch letzteren werden, auch wenn es sich um die Auskundschaftung privater Unternehmungen handelt, allgemeine Interessen der schweiz. Volkswirtschaft beeinträchtigt. — Strafandrohung: Zuchthaus.

³⁴ Schmalenbach, Dynamische Bilanz, Leipzig 1926, S. 105.

wirtschaft zu ungunsten des Gesellschaftszweckes, ist Umstellungsfähigkeit grossen Stiles Voraussetzung weiterer Gewinnchancen und damit wirtschaftlicher Lebenserwartung. Die Wirtschaftlichkeit eines jeden Betriebes ist vom Markt abhängig und die Bedürfnisse des Marktes können sich grundlegend ändern. Aus der Begehrtheit einer Unternehmung kann — volkswirtschaftlich gesehen — binnen kurzem deren Überflüssigkeit und damit Schädlichkeit entstehen. Es ist volkswirtschaftlich abträglich, Kapital und Arbeit in einem Ausmass als Aufwand zu belassen, der in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem infolge der Strukturwandlung zu erwartenden minimalen Ertrag steht. Hier nützen taktische Änderungen, Salär- und Tantiemenkürzungen, Kostensenkungen durch Rationalisierung usw. nichts mehr. Ist den Teilhabern i. w. S. die Änderung von Gegenstand und Zweck des Unternehmens nicht zuzumuten, bzw. bedingt bei den Kapitalgesellschaften trotz weitest gefassten Gesellschaftszweck die Anpassung an die neuen Verhältnisse derartig hohe neue Kapitalien, dass die Gesellschafter das zugemutete Risiko nicht übernehmen wollen und anderseits auch der Schaffung von Prioritätsrechten zur Anlockung bisher fremder Geldgeber abhold sind, ist die Auflösung gerechtfertigt.

Der Einfluss konjunktureller Schwankungen auf den Bestand an handelsrechtlichen Körperschaften erhellt aus der amtlichen tabellarischen Zusammenstellung der „im Jahre 1949 publizierten Handelsregistereintragen“³⁵. Für den Kanton Zürich ergibt jene Statistik überraschende Überhandnahme der Löschungen gegenüber den Neugründungen bei gewissen Körperschaftstypen. Bei den Kollektivgesellschaften wurde beispielsweise ein Zuwachs von 154 — gegenüber 163 Löschungen vermerkt, während Kommanditgesellschaften mit 84 gegen 54 und G. m. b. H. mit 36 gegen 23 scheinbar günstiger abschliessen. Auffallend ist aber vor allem der Einfluss des Sinkens der Konjunktur auf die Genossenschaften dieses wohl als allgemeiner Wirtschaftsbarometer massgeblichen Kantons: Einem Zuwachs von 41 Neueintragungen stehen 117 Löschungen gegenüber. Bei den Aktiengesellschaften hält zwar die Gründungs-Hypertrophie immer noch an: Zuwachs von 222 gegen 89 Löschungen. Beachtlich ist aber, dass den relativ wenigen Löschungen der Aktiengesellschaften immerhin 126 „Auflösungen“ beizurechnen, wenn auch nicht als identisch einfach hinzuzuzählen sind. Die Tabelle führt sie theoretisch richtig neben den „Statutenänderungen“ auf. Es ist ja, wie diese ganze Arbeit zeigen soll, nicht gesagt, dass eine Auflösung zur wirklichen Zerstörung des Gebildes führen muss³⁶. Volkswirtschaftlich betrachtet, ist es aber doch ein Indiz sinkender Konjunktur, wenn es schon zu einem so hohen Index willkürlicher oder/und unwillkürlicher Auflösungen kommt³⁷.

³⁵ HAB 1950/436 - No. 39.

³⁶ Es ist nicht Regel, sondern Ausnahme, dass im HAB publiziert werden kann: „Durch Beschluss der Generalversammlung vom 4. Febr. 1950 hat sich diese Gesellschaft aufgelöst. Die Liquidation ist durchgeführt. Die Firma ist erloschen“. HAB 1950/500 - No. 44 (22. Febr./18. Febr.)

Die „stillen Reserven“ sollen nun gemeinwirtschaftlich noch eine kleine Würdigung erfahren, nachdem ihre privatwirtschaftliche Bedeutung und Rechtfertigung bereits früher dargetan worden war. Sie sind privatwirtschaftlich gesehen wohl ein Zeichen gesunder restriktiver Gewinnausschüttungspolitik. Die Gesellschaftsgläubiger jedenfalls können sich dessen freuen: Die primäre Haftungsmasse wird ihnen entgegenkommenderweise wertmässig vergrössert. Auch der besonnene Gesellschafter, dem die Beteiligung nicht ausschliessliches Spekulationsgeschäft ist, wird sich damit im Hinblick auf die günstigeren Liquidationsaussichten der Gesellschaft, wie den innern Wert der Beteiligung, abfinden. Der Durchschnittsaktionär freilich sieht darin nur ein Vorenthalten von verteilbarem Reingewinn. Geht auch im allgemeinen der Volkswirtschaftler mit einer solchen vorsichtigen Dividendenpolitik einig, so kann sie sich doch, im Übermass und allgemein praktiziert, nachteilig auswirken. Dies ist dann der Fall, wenn bei günstiger allgemeiner Konjunktur trotz Mangel an flüssigen Mitteln in Handel und Gewerbe, im Volke und also auch bei den Teilhabern i. w. S., die Gewinne weiterhin im Unternehmen als stille Reserven investiert werden, um dann bei Nachlassen der Konjunktur, bei bedrohlichem Anwachsen des anlagensuchenden freien Kapitals und plötzlich festgestelltem zu grossem Kapitalvolumen des körperschaftlichen Unternehmens, als massive Kapitalherabsetzung in bar auszuschütten. Dass damit die Schwierigkeiten auf dem Anlagemarkt im Inland noch weiterhin verschärft werden, ist klar³⁷. Es ist kein gutes Zeichen, wenn die Schuldner sog. mündelsicherer Anleihen sich öffentlich entschuldigen müssen, dass die in Aussicht genommene Konversionsmöglichkeit fälliger Anleihen infolge der Geldflüssigkeit für die bisherigen Gläubiger nicht mehr gegeben sei!³⁹. — Eine zwar vorsichtige, aber nicht ängstliche Dividendenpolitik könnte solchen Verschärfungen einer unerquicklichen volkswirtschaftlichen Lage, ohne Nachteil für das Unternehmen selbst, vorbeugen.

³⁷ Den bereits erwähnten 117 Lösungen stehen 189 Genossenschafts-Auflösungen gegenüber. Der Bestand an Genossenschaften ist im Kanton Zürich im Jahre 1949 von 1787 auf 1707 zurückgegangen. — Wie weit auf diesen Rückgang die erleichterten Umwandlungsmöglichkeiten in Kapitalgesellschaften (AG, GmbH) ohne vorgängige Liquidation von Einfluss waren (VO des BR vom 29. 12. 1939, A. S. 55, S. 1579), ist aus jener Zusammenstellung nicht ersichtlich.

³⁸ Es sei auf ein drastisches ausländisches Beispiel verwiesen: Für 1948 wurde in den U.S.A. der Gewinn auf total 20,1 Milliarden Dollars geschätzt. „Von diesem Gewinnsegen ist aber immer weniger an die Aktionäre direkt ausbezahlt worden. Hielten die Unternehmungen 1939 durchschnittlich 24 % des Gewinnes zurück und zahlten sie die übrigen 76 % als Dividende aus, so war der Anteil der ausbezahlten Dividenden 1945 nur noch 54 %. Dieser sank in den folgenden Jahren weiter bis auf 36 % (1948)“. Schmidt, „U.S.A.: Konjunkturlage und Zwang zum Kapital-export“, in Rote Revue, 29. Jahrgang, S. 81 f. 82.

³⁹ Vgl. Publikation der Pfandbriefzentrale der Schweiz. Kantonalbanken vom 26. Mai 1950 (NZZ 1950/No. 1108).

D. Soziale Belange

a. *Allgemeines.* „Die Beziehungen zwischen ‚Arbeit‘ und ‚Kapital‘ sind im Rahmen von Gesetzen alleine nicht erfassbar. Sie entstehen und entwickeln sich hauptsächlich im ausserrechtlichen Raum“¹. Das Problem der Auflösung handelsrechtlicher Korporationen berührt nicht nur die Interessen der beteiligten Gesellschafter, bzw. Mitglieder, und der regulären Gläubiger, wie Banken, Lieferanten usw., sondern in hohem Masse auch solche der Arbeitnehmerschaft, der Angestellten und Arbeiter des Betriebes, und zwar nicht nur im Hinblick auf die Sicherung ihrer gesetzlichen finanziellen Ansprüche, wie einzelvertraglicher oder tariflicher Lohn, Zulagen, Prämien, Ferienentschädigungen, Pensionsansprüche. In dieser Beziehung bietet ja die Rechtsordnung wichtige Garantien, die noch kurz näher darzustellen sein werden², am augenfälligsten im Konkursprivileg der Lohnforderungen und der Wohlfahrtsfonds, sowie in der Statuierung gesetzlicher Kündigungsfristen, bzw. in der Anerkennung des Lohnanspruchs bei unbegründeter vorzeitiger Aufhebung des Dienstverhältnisses seitens des Arbeitgebers.

Was ein unvermutet „vom Zaun gerissener“ Streik (im Rahmen des Streikrechts), also ohne Verletzung einer tariflichen Friedenspflicht, dem Unternehmen für Schaden zufügen kann, ist bekannt. Rechtlich stehen dagegen keine Handhaben zur Verfügung. Eine ganz analoge Situation, nur nun mit vertauschten Rollen, ergibt sich, wenn ein Liquidationsbeschluss wirtschaftlich sich nicht im entferntesten sachlich begründen lässt, formalrechtlich aber unanfechtbar, „einwandfrei“ ist. Die Reaktion in der Öffentlichkeit wäre jedenfalls eine ähnliche: Hier wie dort das unbefriedigende, ja lähmende Eingeständnis, dass volkswirtschaftlich und sozial wertvollste Gebilde in ihrer Existenz durch die Rechtsordnung insofern keine sichere Stütze, als die beiden Pole Kapital und Arbeit es, jeder für sich, in der Hand haben, das Gebilde in absehbarer Zeit zum Verschwinden zu bringen. Einerseits durch gewerkschaftlichen Boykott, anderseits durch einfachen Auflösungsbeschluss. Und doch ist zu bedenken, ob nicht durch den Auflösungsbeschluss ein unwirtschaftlicher Abwanderungsprozess der betroffenen Arbeiterfamilien eingeleitet, dadurch das Gemeindebudget aus den Fugen gehoben und nicht zuletzt, ob nicht auch die vielleicht schon mehrjährige selbstlose und loyale Gewerkschaftsarbeit im Betrieb unter dem Gesichtspunkt dauernden Arbeitsfriedens grundlos vollkommen zerstört wird. Nicht ohne Grund bemühen sich fortschrittliche Gemeinwesen, solchen Aussperrungsversuchen die Stange zu halten durch Wiedererwägungsvorschläge, Inaussichtstellen gewisser Vergünstigungen für das Unternehmen im Falle des Weiterbestandes (sofern überhaupt wirtschaftliche Tatsachen auch nur einigermaßen für das „Todesurteil“ mitbestimmend waren), oder

¹ Art. „Das Mitspracherecht der Arbeiterschaft“ in NZZ 29. VII. 1948, No. 1595.

² Vgl. unten lit. b und IV. Kap.

gar — sofern gesetzliche Grundlagen dafür bestehen — durch zwangsweise Übernahme, Kommunalisierung oder Nationalisierung des Betriebes.

b. Bestehende Schutzbestimmungen. Berücksichtigt man vom sozialen Standpunkt aus die für den Fall der Auflösung wirksam werdenden gemeinrechtlichen Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmerschaft, sieht die Regelung etwas kläglich aus. Insbesondere ist die Frage der Schadenersatzpflicht des Unternehmens gegenüber den Arbeitnehmern bei Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung der vertraglichen oder subsidiären gesetzlichen Kündigungsfrist infolge Liquidation keineswegs abgeklärt. Eine eindeutige gesetzliche Bestimmung fehlt. Die Heranziehung der Normen des Art. 355, Abs. 2 u. 3 OR betr. Tod des Dienstherrn und Anwendung per analogiam auf die Auflösung der handelsrechtlichen Körperschaft geht schon deswegen nicht an, weil jene Regelung von der Grundauffassung ausgeht, dass die Stellung des Dienstherrn im Dienstvertragsverhältnis unter Umständen vertretbar ist, sodass das Dienstverhältnis trotz Tod des Dienstherrn mit dessen Rechtsnachfolgern häufig weiter dauert, bei der Liquidation aber eine entsprechende Gesamtrechtsnachfolge meistens überhaupt ausgeschlossen ist.

Dagegen wird in Literatur und Praxis die Auflösung als „wichtiger Grund“ für den „Rücktritt“ vom Dienstvertrag i. S. von Art. 352 OR angesehen³. Den wichtigen Grund setzt unzweifelhaft der Dienstherr, die sich auflösende Körperschaft. Ob dies aber als vertragswidriges Verhalten zu qualifizieren sei — womit die volle Schadenersatzpflicht gemäss Art. 353, Abs. 1 gegeben wäre — oder als Fall eines wichtigen Grundes, der keiner Partei zum Verschulden angerechnet werden dürfe, ist von Fall zu Fall zu untersuchen. Und hier eben gerade unter dem Gesichtswinkel der wirtschaftlichen Begründetheit der Liquidation, da ja der Richter gemäss Abs. 2 des erwähnten Art. 353 die vermögensrechtlichen Folgen nach freiem „Ermessen“, „unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches“ bestimmt!

Wenn der Dienstherr erkrankt und aus diesem Grunde das Geschäft liquidiert werden muss, hat der Arbeitnehmer nur Anspruch auf eine „billige Entschädigung“. „Ebenso verhält es sich, wenn eine Geschäftskrisis zur Liquidation *zwingt*: dann ist dem entlassenen Dienstpflichtigen nur ein Teil des Schadens zu Ersetzen“⁴. Die bundesgerichtliche Praxis scheint überhaupt die Liquidation als wichtigen Grund nur dann anzuerkennen, wenn die Auflösung „absolut notwendig geworden“ ist, sei es, um die Anrufung des Konkurses wegen Unterbilanz (sollte wohl heissen „Überschuldung“) vermeiden zu können⁵, sei es dass in einer Abteilung des

³ Ein „Rücktritt“ im technischen Sinne hätte rückwirkende Kraft; in Wirklichkeit handelt es sich um eine ausserordentliche fristlose Kündigung; vgl. Komm. Oser - Schoenenberger, N. 2 und Becker, N. 2 zu Art. 352.

⁴ Becker, Komm., N. 8 zu Art. 354 unter Berufung auf Pra 1, No. 65.

⁵ Pra 4, N. 2.

Betriebes der Geschäftszweck der Gewinnerzielung „mit der Unmöglichkeit der Erreichung dahinfiel“⁶. Letzteres im Sinne der Liquidation eines Teiles des Betriebes. Mangelnde Rentabilität wegen Konjunkturschwankung, Betriebsstockungen infolge von Krieg, ja sogar behördliche Schliessung eines Geschäftes und Expropriation sind an sich keine wichtigen Gründe, wenn die Liquidation nicht unumgänglich ist⁷. — Ist demnach die Liquidation willkürlich, ohne durch die Umstände dringend geboten zu sein, ausgelöst und durchgeführt worden, hat die unter ungerechtfertigter Berufung auf Art. 352 OR fristlos entlassene Arbeitnehmerschaft Anspruch auf vollen Schadenersatz. Es ist dies das Erfüllungsinteresse, das sich rechnerisch in der Regel mit den supponierten Lohn- und event. Provisionsansprüchen während der nicht eingehaltenen gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist deckt. Ist die Liquidation sachlich motiviert, so soll nach dem bereits erwähnten Bundesgerichtsentscheid (Pra 4 No. 2) trotzdem der grössere Teil des dem Arbeiter erwachsenen Schadens zu Lasten des an sich schuldlosen Arbeitgebers gehen, weil der Auflösungsgrund eben doch in seiner Person liege und ihm zum Nutzen gereiche.

Aus der Tatsache, dass es sich bei der vermögensrechtlichen Abfindung nach Art. 353 OR um einen Schadenersatz- und nicht um einen Lohnanspruch für die Dauer der nicht eingehaltenen Kündigungsfrist handelt, folgt auch, dass ihr das **K o n k u r s p r i v i l e g** gemäss Art. 219 SchKG versagt bleiben muss. Anders die effektiven Lohnforderungen bis zum Tage der die Entlassung bedingenden Auflösung; diesbezüglich stehen sie, was sich insbesondere bei der Zwangsliquidation, die gegebenenfalls nach dem willkürlichen Auflösungsbeschluss Platz greift, günstig auswirkt, rangmässig unmittelbar hinter den pfandgesicherten Forderungen. Dies immerhin im Rahmen der zeitlichen Beschränkung des Art. 219, I. Kl., lit. a-c, SchKG.

Weitere Schutzbestimmungen, allerdings vorübergehenden Charakters, finden sich in den **k r i e g s w i r t s c h a f t l i c h e n** Erlassen. So bestimmt z. B. der BRB vom 12. Nov. 1940 betr. vorsorgliche Schliessung von Unternehmen⁸ in Art. 7 ausdrücklich, dass die auf Grund dieses BRB angeordnete vorsorgliche Schliessung von Geschäften, Fabrikationsunternehmen und andern Betrieben überhaupt „keinen wichtigen Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses i. S. von Art. 352 OR“ bilde.

Gemäss BRB vom 25. Okt. 1940 betr. Beschlagnahme, Enteignung und Lieferungszwang⁹, Art. 6, hat die Beschlagnahme von Betrieben oder Betriebseinrichtungen die Wirkung, „dass der Inhaber derselben verpflichtet ist, die durch besondere Verfügung zu bezeichnenden Gegenstände zu erzeugen . . . , zu diesem Zwecke Einrichtungen, **P e r s o n a l** und **M a t e r i a l i e n** . . . einzusetzen und alle Massnahmen zu treffen, um die Erzeugung

⁶ BGE 44 II 412 f.

⁷ Oser-Schoenenberger, Komm., N. 30 zu Art. 352; Weiss, Sammlung, No. 5596/8.

⁸ AS 56, S. 1778.

⁹ AS 56, S. 1683.

und Lieferung der angeforderten Gegenstände sicherzustellen“. Falls diese Art Beschlagnahme nicht als genügend erscheint, um die Erzeugung und Lieferung sicher zu stellen, „kann die Beschlagnahme mit der Wirkung angeordnet werden, dass sie den gesamten Betrieb ergreift und die Weiterführung desselben durch Organe erfolgt, die vom Volkswirtschaftsdepartement eingesetzt werden“. Immerhin sah der Schlussabsatz des genannten Art. 6 vor, dass zuerst versucht werden sollte, auf vertraglicher Basis eine angemessene Verständigung zu finden. Waren auch diese Normen in erster Linie im Interesse der Sicherung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern erlassen worden, könnten sie sich mittelbar auch sozial günstig auswirken, und was die letztere (Beschlagnahme von Betrieben) anbetrifft, die sozialen Nachteile eines privat- oder volkswirtschaftlich nicht genügend motivierten Auflösungsbeschlusses rückgängig machen ¹⁰.

¹⁰ Als typisches Beispiel, allerdings in Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Interessen, diene die liquidationsreife Zürcher Dampfboot-Gesellschaft AG am Ende des 1. Weltkrieges (1919) und die gründliche Sanierung und Reorganisierung derselben unter finanziell grossen Opfern des Kt. Zürich und der Städte Zürich und Rapperswil, neben den Aktionären. Vgl. W.A.R. „Die Zürichsee-Flotte“ in „Tagesanzeiger für Stadt und Kanton Zürich“, 10. Mai 1950, No. 109.

III. Abschnitt

MITTEL ZUR WAHRUNG DER DURCH DIE AUFLÖSUNG BERÜHRTEN GLÄUBIGERINTERESSEN

1. Allgemeines

Das an den Auflösungsstatbestand unmittelbar anschliessende Verfahren, die Liquidation, ist gerichtet auf Flüssigmachung des Gesellschaftsvermögens, Befriedigung der Gläubiger und gegebenenfalls auf Verteilung von Gewinn und Verlust unter die Gesellschafter. Allen Beteiligten, sowohl der sich auflösenden oder unwillkürlich aufgelösten Gesellschaft als auch den Gesellschaftern, aber weiter noch den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft muss klar sein, dass die eingegangenen Verbindlichkeiten nun zu erfüllen sind. Die Gesellschaft muss ihrerseits ihre Guthaben realisieren, entweder eintreiben oder anderweitig verwerten, wie etwa durch entgeltliche Abtretung, um sich so die flüssigen Mittel zur Befriedigung der eigenen Gläubiger zu beschaffen.

Das Gesetz nimmt auf die Gläubigerinteressen im Zusammenhang mit Gesellschaftsaufösungen besondere Rücksicht und die Praxis tendiert selbst dort, wo die gesetzliche Regelung zurückhaltend ist oder scheinbare Lücken aufweist (wie z. B. bezüglich der Wirkung des Löschungseintrages im Handelsregister auf den Untergang der Gesellschaft), auf Respektierung des unbedingten Vorranges derselben. Das Institut der Gesellschaftsauflösung soll weder unmittelbar noch mittelbar zur Schuldenabschüttelung missbraucht werden. Diese Kautelen näher zu untersuchen, ist Aufgabe dieses Abschnittes.

Nur in einem Punkt ist der Gesellschaftsgläubiger in der Regel machtlos: Auf die Fixierung des Zeitpunktes der Auflösung mit nachfolgender Liquidation hat er keinen nennenswerten Einfluss. Ist auch der Zeitpunkt der Bezahlung seiner Guthaben für ihn noch so inopportun und wäre ihm mit einer Belassung dieser günstigen Kapitalanlage weit eher gedient, kann er nur im Falle der Auflösung infolge Konkurses in Zusammengehen mit sämtlichen übrigen Gläubigern vermitteltst Rückzug der Konkurseingaben und damit Widerruf des Konkurses als Auflösungsgrund, die Liquidation abwenden¹. Ein Anfechtungsgrund gegenüber frei, statuten- und gesetzeskonform gefassten Auflösungsbeschlüssen hat er nicht. Er mag seine Gross-

¹ Es wird in einem weiteren Abschnitt, „Reaktivierung“, auf diese Möglichkeit noch zurückzukommen sein. Vgl. IV. Abschn.

zügigkeit in sog. schweren Zeiten der Gesellschaft bereuen, aber verhindern kann er nicht, dass nun die gleiche Gesellschaft trotz günstiger Geschäftsverhältnisse sich auflöst und liquidiert. Dies trifft auch für den noch peinlicheren Fall zu, dass der Gläubiger rücksichtsvoll dem Ausscheiden entweder subsidiär persönlich oder über Organverantwortung direkt haftender Gesellschafter zusah, und nun nach Verjährung jener Haftungsansprüche sich im ungünstigsten Moment der willkürlichen Liquidation entgegenseht und die an sich gegebene persönliche Haftung verbliebener Gesellschafter wertlos ist.

2. Gläubigerschutzbestimmungen bei Auflösung mit Liquidation

a) Gemeinsam ist allen Regelungen, jedenfalls soweit sie wirkliche juristische Personen betreffen, dass eine Zerstörung der schuldnerischen Körperschaft vor Durchführung der Liquidation nicht eintreten kann. Sie kann sich nicht vor Abschluss der Auseinandersetzung mit den Gläubigern verflüchtigen. Freilich ist nicht gesagt, dass die Liquidation zu einer 100%igen Befriedigung der Gläubiger führen muss, was bei der konkursamtlichen Liquidation in der Regel gar nicht möglich wäre. Dagegen müssen sich, um von Durchführung der Liquidation als für das Erlöschen der juristischen Person massgeblichem Tatbestand sprechen zu können, die Liquidatoren mit allen Gläubigerforderungen abschliessend befasst haben. Darunter ist zu verstehen, dass die Forderungen kolloziert wurden und, wenn in Anbetracht der wirtschaftlichen Verhältnisse eine Barbegleichung oder Verrechnung nicht in Frage kam, dass auf dem Wege des Vergleichs und eventuell richterlicher Bestätigung ein Teilerlass erwirkt wurde. Ferner, dass die vollstreckungsamtlichen Liquidatoren die entsprechende Konkursdividende auszahlen und die Differenz als eingetretenen Verlust dem Gläubiger bestätigten. Das für die entsprechende Abwicklungsart vorgesehene Verfahren muss ordnungsgemäss abgeschlossen sein. Nur dann ist die Liquidation „durchgeführt“. Wie die Verwaltung (bzw. der Konkursrichter oder ein anderes staatliches Organ bei unwillkürlichem Eintritt ins Liquidationsstadium) den Auflösungstatbestand dem Handelsregister zur Eintragung und Veröffentlichung zu melden haben (Art. 88, 96 HRegVO, Art. 574, 619, 737, 770, 821, 912 OR, Art. 176 SchKG), so sind die mit der Gesellschaftsliquidation betrauten privaten oder staatlichen Organe verpflichtet, die Durchführung der Liquidation anzumelden und die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu veranlassen (Art. 589, 619, 746, 823, 913, Abs. 1 OR, Art. 176 SchKG).

In welchem Verhältnis die Durchführung der Liquidation und die Löschung im Handelsregister zueinander stehen im Hinblick auf den Zeitpunkt des Unterganges der Körperschaft, ist jedenfalls in der Praxis keineswegs genau abgeklärt. „Mit der Löschung nach durchgeführter Liquidation nimmt die Jur. Person zunächst ihr Ende“ (BGE 42 III 40). Das Bundes-

gericht hat indessen in Übereinstimmung mit der früheren Praxis des Bundesrates entschieden, dass, falls die Liquidation im Zeitpunkt der Löschung tatsächlich noch nicht beendet war, d. h. falls noch Passiven oder unverteilte Aktiven bestanden, die Möglichkeit eines Wiederauflebens der juristischen Persönlichkeit durch Wiedereintragung in das HReg vorhanden sei (BGE 57 I 42, 235; 60 I 28, E. 2)² — Richtiger ist es wohl, von dem in BGE 59 II 53 ausgesprochenen Grundsatz auszugehen, dass bei „verfrühter Löschung“ die Firma ihre Partei- und Prozessfähigkeit behält, wenn die Liquidation nicht beendet war und die Wiedereintragung begehrt werden kann. Demgemäss besteht in Wirklichkeit die gelöschte, aber nicht vollständig liquidierte Körperschaft noch. Allerdings ist das Handelsregister mit diesen tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr in Übereinstimmung, wie im umgekehrt gelagerten Fall der effektiv durchgeführten stillen Liquidation und Aufhören des Geschäftsbetriebes, während dem Handelsregister nicht einmal der Eintritt des Auflösungsgrundes gemeldet wurde (Art. 89, Abs. 3 HRegVO)³.

Unserem Standpunkt steht nicht entgegen, dass, wenn die gelöschte Körperschaft ins Recht gefasst werden soll, oder selber als Kläger oder betreibender Gläubiger auftreten will, vorerst der „Widerruf der Löschung“ erwirkt werden muss, schon um der Publizitätsfunktion des HReg Genüge zu tun. Da die Wiedereintragung durch die Verwaltungsbehörde ohne weiteres vorgenommen wird, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass ihm eine ungedeckte Forderung gegen das gelöschte Subjekt zustehe und das Begehren nicht bloss schikanös stelle⁴, ist dem Beteiligten diese Obliegenheit zumutbar⁵.

Zweckmässig ist das den Fiskalbehörden gegen beabsichtigte oder bereits vollzogene Löschungen eingeräumte Einspruchsverfahren. Die Massgeblichkeit solcher Einsprüche wird offenbar, wenn das HRegAmt publizieren muss, infolge der Aufhebung des Einspruchs gegen die Löschung durch die Eidg. Steuerverwaltung, werde die Genossenschaft „daher“ gelöscht⁶, oder wenn die Übernahme mit Aktiven und Passiven der aufgelösten GmbH durch die aufnehmende AG eingetragen und bekannt gemacht, „die Liquidation nach Angabe der Beteiligten durchgeführt“ ist,

² BGE 64 II 151.

³ Nur bei dieser Konstruktion hält übrigens die strenge Praxis des BGer betr. Mantelkauf stand; vgl. BGE 64 II 362. — Anders freilich die Formulierungen in einem jüngeren Entscheid (Pra 36, No. 99 & BGE 73 III 62): „Die betreibende AG ging durch die Löschung im HReg unter (BGE 42 III 40) . . . Die VJ legt dem Gläubigermangel keine Bedeutung bei, weil nach Wiederentdeckung von Aktiven nach der Liquidation die Vollmachten der Liquidatoren wieder aufleben. Sie beachtet dabei aber nicht, dass sie nicht ipso facto nach der Löschung der Gesellschaft wieder aufleben, sondern dass es einer Wiedereintragung der Gesellschaft bedarf . . .“

⁴ BGE 57 I 39, 60 I 23; His, Komm., N. 52 zu Art. 938.

⁵ Dies auch dann, wenn ein Aktionär auf Anfechtung des Auflösungsbeschlusses einer bereits gelöschten AG klagen will: BGE 64 II 151.

⁶ HAB 1950, 554 — No. 49.

„die Löschung jedoch wegen Einsprache der Eidg. Steuerverwaltung.... nicht vollzogen werden“ kann⁷. — Art. 32 HRegVO kennt auch einen „privatrechtlichen Einspruch gegen eine Eintragung“ (und hierzu gehören auch die „Löschungen“)⁸, aber mit der Einschränkung, dass die Einsprecher zuerst an den Richter zu weisen sind, „es sei denn, dass sie sich auf Vorschriften berufen, die von der Registerbehörde von Amtes wegen zu beachten sind“. Es ist möglich, dass die Liquidatoren die Durchführung ihrer Aufgabe dem Handelsregister melden zwecks Löschung der Gesellschaft, trotzdem die Gläubiger noch nicht im Besitze ihrer Betreffnisse sind — für dieselben aber hinreichende und sofort greifbare Sicherheit besteht. Der Gläubiger kann in der Tat kein schützenswertes Interesse daran haben, nur weil trotz der Sicherstellung durch die Liquidatoren formal die Gesellschaft noch Schuldnerin ist, die Beendigung der Liquidation und die Löschung im HReg hinauszuzögern.

Dass es nicht genügt, wenn die Liquidatoren sich einfach anerbieten, die noch ausstehenden Gläubiger sicherzustellen, liegt auf der Hand. „Der Betrag muss gerichtlich hinterlegt sein. Ausserdem müsste jede Gewähr dafür geboten werden, dass die Forderungsprozesse durchgeführt werden können.... Unter diesen Bedingungen allein hätte der Gesellschaft die Wiedereintragung erlassen werden können“⁹. Das neue Gesellschaftsrecht hat für die Liquidation der AG eine klare Norm in Art. 744 OR aufgenommen unter dem Marginale „Gläubigerschutz“ (es gibt im Aktienrecht auch noch andere typische Gläubigerschutzbestimmungen):

„Haben bekannte Gläubiger die Anmeldung unterlassen, so ist der Betrag ihrer Forderungen gerichtlich zu hinterlegen. — Ebenso ist für die nicht fälligen und streitigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft ein entsprechender Betrag zu hinterlegen, sofern nicht den Gläubigern eine gleichwertige Sicherheit bestellt oder die Verteilung des Geschäftsvermögens bis zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ausgesetzt wird“, welche Regelung gemäss Art. 823/913, Abs. 1 OR auch für GmbH und Genossenschaft gilt, während für Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 585/619 OR, die Hinterlegung oder Sicherstellung nicht ausdrücklich vorgesehen ist.

Diese für die Gläubigerinteressen dank der gebotenen Sicherheit erhebliche Ausnahme bestätigt nur die Regel, dass vor effektiver Durchführung der Liquidation das handelsrechtliche Gebilde als Schuldner und im eventuellen Forderungsprozess aktiv wie passiv legitimierte Partei bestehen bleibt und sich nicht — auch nicht vermittelt vorzeitiger Löschung im Handelsregister — in nichts auflösen kann.

b) Der Vorrang der Gläubiger vor den Gesellschaftern ist ein ebenso allgemeines Prinzip, das sich aus den gesetzlichen Liquidationsbestimmungen herauschälen lässt. Am auffälligsten er-

⁷ HAB 1950 555 — No. 49.

⁸ Vgl. His, Komm., N. 6 zu Art. 938.

⁹ Verw. E. I (1927), No. 35.

scheint es wohl bei der AG, bzw. bei der Umschreibung des in der Aktie verkörperten Vermögensrechts. Dieses besteht im Anspruch auf quotenmässige und der Aktienkategorie entsprechende Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös, nie aber in einem Rückforderungsanspruch im Nominalbetrag¹⁰. Nur was nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus den realisierten Aktiven noch übrig bleibt, gelangt am Schluss der Liquidation zur Verteilung an die Aktionäre.

So sind wenigstens die Regeln und wirken sich entsprechend aus, wenn die Gläubiger in der Lage (Gesundheit und Wohnsitz) und bereit sind, ihre vorgängigen Interessen auch wirklich zu wahren. Denn für alle offenen Liquidationsverfahren gilt, dass, wenn sich den Liquidatoren unbekannte Gläubiger in der reichlich angesetzten Frist zur Anmeldung ihrer Ansprüche nicht melden, sie ihrer Forderungen zwar nicht notwendig verlustig gehen, aber doch auch nicht verhindern können, dass dank ihrer Saumseligkeit nun die Gesellschafter zum Zuge kommen. Dies kann dazu führen, dass die Gläubiger sich später gegebenenfalls mit wertlosen Verlustscheinen oder Verlustbestätigungen zufrieden geben müssen.

Verjährungs- und Verwirkungsfristen im engeren Zivil-, im Obligationen-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht sind ebenso dazu da, die Gläubiger zur kontinuierlichen Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit anzu-spornen. So auch die zwingenden Fristen im Zusammenhang mit Liquidations-Gläubiger-Aufrufen. Ein kurzer Überblick über die verschiedenen Liquidationsarten mag dies verdeutlichen:

Stille Liquidation. Das Gesetz normiert sie nicht. Sie wird aber, wie die angeführten Beispiele aus der Praxis zeigen¹¹ doch und — unter den entsprechenden Umständen, wie besonders beim Tatbestand der Einmanngesellschaft — vernünftigerweise angeordnet und durchgeführt. Regulärerweise zahlt der Allein- oder durch Gesellschaftsbeschluss massgebliche Gesellschafter sämtliche aus geordneter Buchhaltung ersichtlichen Schulden, versichert sich noch bei allen in Frage kommenden Steuerbehörden ihrer zustimmenden Stellungnahme, und meldet ev. nach vertraglicher Abfindung der andern Gesellschafter und Sicherstellung der eigenen finanziellen Interessen, die Gesellschaft beim Handelsregister „nach durchgeführter Liquidation“ zur Löschung an. Dies setzt aber voraus, dass die Bücher wirklich „in Ordnung“ waren; denn wenn noch Gläubiger existierten, sei es auch direkter Schuldpflicht (inbegriffen Haftung für Delikte gemäss Art. 55, Abs. 2 ZGB und quasideliktische Haftung, sog. Kausalhaftung), oder aus Gewährspflicht (Haftung für fremde Schuld, Bürgschaft, Garantievertrag, Regressverpflichtung), konnte von einer durchgeführten stillen Liquidation keine Rede sein. Dies ist denn auch der übliche Tatbestand,

¹⁰ Abgesehen der Fall der Kapitalherabsetzung mit Rückzahlung und unter den besonderen Kautelen der Art. 732/34 OR. Doch geht auch hier der Befriedigungs-, bzw. Sicherstellungsanspruch der Gläubiger unbedingt vor.

¹¹ Vgl. oben Abschnitt II C Anm. 36.

auf Grund dessen die „vergessenen“ Gläubiger die Wiedereintragung der Gesellschaft verlangen. — Wie nun, wenn die Publikation „Firma X ist nach durchgeführter Liquidation erloschen“ im HAB noch nicht erschienen ist, die Gläubiger aber auf Umwegen Kenntnis erhalten von der im Gang befindlichen stillen Liquidation? Müssen sie untätig zusehen, wie den Gesellschaftern ihre Beteiligungen ganz oder teilweise zurückbezahlt werden, ohne dass die Gläubiger um ihr — kaum wohl vorbehaltlos zu erreichende — Einverständnis angegangen worden wären? Im Gegensatz zur offenen Liquidation können bei derartiger Gefährdung ihrer Interessen die Gläubiger nicht Hinterlegung der ihnen geschuldeten Beträge (oder andere gleichwertige sofort greifbare Sicherheit) verlangen.

Nach Wieland¹² steht ihnen in diesem Falle nur dasselbe Recht zu, wie bei der Kapitalrückzahlung ohne Kapitalherabsetzung: „Die Gläubiger können eine Verteilung, die beschlossen oder begonnen, durch Klage, Arrest oder einstweilige Verfügung verhindern“. Siegwart¹³ hält dafür, dass, wenn die Gesellschaft tatsächlich und in „ungesetzlicher Weise“ — womit er offenbar „still“ meint im Gegensatz zu „offen“ i. S. von gesetzeskonformtypisch — liquidiert wird, der Gläubiger „ein Recht auf Hinterlegung“ habe und dieses auf dem Wege der Betreibung verwirklichen könne; im übrigen müsse er die rechtliche Wahrung seiner Interessen entweder auf dem Wege der Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe oder dem der ordentlichen Betreibung, bzw. Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190, Ziff. 1 SchKG) suchen. — Diese Behelfe aber bezeichnet Wieland als Surrogate, die den von ihm geforderten Rechtsschutz „nicht entbehrlich“ machen.

In der Regel werden bei der stillen Liquidation die Gläubiger 100%-ig abgefunden. Die stille Liquidation und die gestützt hierauf erfolgte Löschung hat aber auch Bestand, wenn auf dem Wege des Vergleichs sämtliche oder einzelne Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen oder überhaupt durch vollständigen Erlass verzichten. Eine derartige stille Liquidation ist allerdings nur unter Zuhilfenahme des im Gesetz nicht geregelten, in der Praxis aber je und je gehandhabten Instituts des aussergerichtlichen Nachlassvertrages möglich¹⁴. Dass die Gläubiger einem Erlassvertrag als Voraussetzung der Ermöglichung einer stillen Liquidation und Löschung der Gesellschaft nur zustimmen werden, wenn ihnen dafür ein gewisser, wenn auch problematischer Gegenwert geboten wird, ist klar. Ist schon die stille Liquidation bei Einmanngesellschaften naheliegend und üblich, verspricht auch diese gesellschaftliche Situation bei der „Gesellschafts“-Auflösung am ehesten die Möglichkeit einer späteren Abtragung des

¹² Wieland Alfr., Die Rechte der AG und ihrer Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle rechtswidriger Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen, in SJZ 46, S. 229 f., 236.

¹³ Siegwart Alfr., Einleitung zum Aktienrecht, N. 264/65.

¹⁴ Auf seine Bedeutung wird im Zusammenhang mit der Reaktivierung durch Konkurswiderruf zufolge Rückzuges sämtlicher Forderungseingaben zurückzukommen sein. Vgl. unten IV. Abschnitt I.

augenblicklich (mit der Zustimmung zum aussergerichtlichen Nachlassvertrag) in Kauf genommenen Verlustes. Der bisherige alleinige Gesellschafter kann sich durch den Untergang seiner Gesellschaft als privater Geschäftsmann rascher wieder erholen (bezüglich seiner Finanzen) und in Nachachtung der eingegangenen persönlichen Verpflichtungen, z. B. Abnahmeverträge und andere kartellmässige Bindungen, den Verlust sukzessiv und für ihn kaum spürbar abtragen¹⁵.

Offene Liquidation. Nicht gleich eindeutig kommt bei den verschiedenen offenen Gesellschaftsliquidationsarten das Prinzip des Vorranges der Gläubiger vor den Gesellschaftern zum Ausdruck.

Die Liquidation der **Kollektiv-Gesellschaft** ist in Art. 582 f. OR geregelt. Jene Regelung ist aber, wie sich schon aus dem einleitenden „Grundsatz“ des Art. 582 ergibt, in der Hauptsache subsidiär, weil „eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart sein kann“. „Eine Einmischung der Gläubiger ist, unter Vorbehalt der betreibungsrechtlichen Anfechtungsklage, ausgeschlossen. Die Gesellschafter können in jedem beliebigen Stadium mit einstimmigen oder eventuell Mehrheitsbeschlüssen in den Gang der Liquidation eingreifen“¹⁶. Die gesetzliche Vermutung der Liquidatorenfunktion der bisherigen zeichnungsberechtigten Gesellschafter ergibt noch keine Besonderheiten¹⁷. Die Liquidatoren sind insofern durch den Gesellschaftsvertrag, gegebenenfalls — gemäss Abs. 2 von Art. 582 — auf Antrag eines Mitgesellschafters, durch den Richter bestimmt. Gläubiger haben kein bezügliches direktes Klagerecht, z. B. auf Abberufung eines Liquidators. Nicht viel grösser ist die Möglichkeit einer direkten Einflussnahme der Gläubiger, wenn es um die ihre Rechte eventuell gefährdende vorläufige Verteilung von Liquidationserlös an die Gesellschafter geht. Nach Art. 585 OR wären zwar in allererster Linie mit der Beendigung der laufenden Geschäfte „die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen...“, aber Art. 586 sieht ausdrücklich vor, dass „die während der Liquidation entbehrlichen Gelder und Werte... vorläufig, auf Rechnung des endgültigen Liquidationsanteiles, unter die Gesellschafter verteilt“ werden. „Die Liquidatoren sind den Gesellschaftern, nicht aber den Gläubigern, dafür verantwortlich, dass keine Verteilung vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden vorgenommen wird“¹⁸. Auch die verhältnismässige Tilgung der Schulden bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens ist — anders als bei der Liquidation von Kapitalgesellschaften — eine nur die Gesellschafter berührende Angelegenheit und sie können nicht durch Eingreifen der Gläubiger dazu gezwungen werden¹⁹. Freilich könnten

¹⁵ Hier zeigt sich ebenfalls eine Funktion der Einmanngesellschaft als Einzel-firma mit beschränkter Haftung.

¹⁶ Siegwart, Komm., N. 3 zu Art. 582.

¹⁷ OR Art. 740 für AG, Art. 770 für Komm.-AG, Art. 823 für GmbH und Art. 913 für Genossenschaften.

¹⁸ Siegwart Komm., N. 16 zu Art. 585/86

¹⁹ Siegwart Komm., N. 5 zu Art. 585/86

die Gläubiger durch Konkursbetreibung die mögliche Beeinträchtigung ihres Vorrechtes vermeiden oder wenigstens die gebotenen Rechtsbehelfe benützen²⁰. Die gesetzliche Regelung scheint aber zu starr an dem Prinzip festzuhalten, dass die Gläubiger ja durch die subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter geschützt seien²¹. Jene erste Variante des Gläubigerschutzes scheint aber schon deshalb mehr Erfolg zu versprechen, weil die Verjährung der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft jedenfalls nach 5 Jahren seit Publikation der Auflösung (nicht der Löschung) im Handelsamtsblatt eintritt, die Liquidation aber noch keineswegs durchgeführt sein muss²².

Die offene Liquidation der *K o m m a n d i t g e s e l l s c h a f t* unterscheidet sich von derjenigen der Kollektivgesellschaft hinsichtlich der Durchführung hauptsächlich dadurch, dass Kommanditäre nicht gesetzliche Liquidatoren sind; doch steht die Klage auf Ernennung und Abberufung von solchen auch dem Kommanditär zu; bei der Auseinandersetzung haben sie Anspruch auf Rückzahlung ihrer Einlage und auf Anteil am Liquidationsgewinn; Liquidations-Verluste haben sie bis zur Höhe der Kommandite zu tragen (Art. 601 OR). — Hinsichtlich der Wirkungen ist als Unterschied beachtlich: Bedingung für die Weiterhaftung auch des Kommanditärs ist, dass entweder bei der Auflösung seine Haftung nicht vollständig durch Einlagen gedeckt war, oder dass er anlässlich der Liquidation Werte aus dem Gesellschaftsvermögen bezogen hat, auf welche der Gesellschaftsgläubiger das Vorrecht hatte.

Anders die offene Liquidation der *A k t i e n g e s e l l s c h a f t*. Hier bestehen im allgemeinen zwingende Normen und das Vorrecht der Gläubiger tritt deutlich in Erscheinung. Sie hatten bis zum Eintritt ins Liquidationsstadium, abgesehen vom betreibungsrechtlichen Vorgehen bis zur Stellung des Konkursbegehrens, keinen Behelf zur Durchsetzung ihrer Interessen, z. B. in der über die Auflösung beschliessenden Generalversammlung²³ oder durch Anrufung des Richters mit der Auflösungsklage.

²⁰ Vgl. unten Ziff. 3 (Konkursliquidation)

²¹ Siegwart Komm., N. 5 zu Art. 585/86 formuliert vorsichtig: „... einigermaßen geschützt“.

²² Art. 587, Abs. 2 OR sieht „länger andauernde Liquidationen“ vor, für welche „jährliche Zwischenbilanzen“ zu erstellen sind. — Andererseits hat die gelegentlich festzustellende Nachlässigkeit der Liquidatoren in der Anmeldung des Eintritts der Gesellschaft ins Liquidationsstadium, bzw. die Diskrepanz von Auflösungsdatum und Publikation im HAB nur Bedeutung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, z. B. hinsichtlich des Zinsanspruchs gemäss Art. 588, Abs. 1 OR.

²³ Man könnte sich höchstens fragen, ob nicht dem Gläubiger, dem Aktien verpfändet sind, ein bezügliches Mitspracherecht zusteht. Man könnte argumentieren, es sei ihm nicht gleichgültig, ob seine Pfänder durch den Auflösungsbeschluss im ungünstigsten Moment in ihrem innern Wert herabgesetzt werden. — Das Pfandrecht als Wertrecht ergreift aber „nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft. Es gewährt dem Pfandgläubiger nur eine Sicherung, keine Nutzung und keine Verwaltung“ und daher steht das Stimmrecht bei verpfändeten Aktien

Was den letzteren Behelf hinsichtlich der persönlichen Beschränkung der Legitimation auf die Aktionäre anbetrifft, hat nicht einmal der Aktionär, der zugleich Gesellschaftsgläubiger ist, die materielle Berechtigung, seine engeren Gläubigerinteressen durch das Druckmittel der Auflösungsklage in bevorzugter Stellung zu schützen. Wichtige Gründe i. S. von Art. 736, Ziff. 4 OR sind nur tangierte Interessen gesellschaftlicher Natur, die dem Aktionär, bzw. dem erforderlichen Quorum von solchen die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar machen²⁴.

So gering demnach die Möglichkeit der Gläubiger zur Einflussnahme auf die Schaffung des willkürlichen Auflösungsstatbestandes ist, um so stärker ist ihre Stellung bei der Durchführung der Liquidation. Zwar haben sie auf die Bestellung und Abberufung der Liquidatoren keinen direkten Einfluss (Art. 740 OR)²⁵. Doch schützt sie zeitlich bereits die negative Publizitätswirkung der entgegen der Norm von Art. 740, Abs. 2, unterlassenen Registereintragung, indem ihnen als gutgläubigen Dritten die erfolgte Auflösung erst mit vollzogener Eintragung und Publikation im HAB entgehalten werden kann.

Gemäss Art. 742, Abs. 2 OR ist durch die Liquidatoren ein Schuldenruf zu erlassen, und zwar an die bekannten und erreichbaren Gläubiger durch besondere Mitteilung, an die andern durch dreimalige Publikation im HAB, sowie eventuell noch in anderer durch die Statuten vorgesehener Form. Die Auseinandersetzung gegenüber den Aktionären, d. h. die Zuweisung ihrer Liquidationsanteile, darf nach der zwingenden Bestimmung des Art. 745, Abs. 2, frühestens nach Ablauf eines Jahres seit der 3. Veröffentlichung des Schuldenrufes²⁶ vorgenommen werden — richterliche Ausnahmegewilligung gemäss Abs. 3 allerdings vorbehalten, wenn „nach den Umständen eine Gefahr für die Gläubiger ausgeschlossen erscheint“.

Dass die der Gesellschaft bekannten Gläubiger für den Abschluss der Auseinandersetzung befriedigt oder durch sofort greifbare Deckung sichergestellt sein müssen, ist in Anbetracht der eindeutigen zwingenden Regelung in Art. 744 OR nicht weiter zu erläutern. Kommen diesen Gläubigern gegenüber die Liquidatoren der Hinterlegungs- (=Deckungs-) bzw. Sicherstellungspflicht

gemäss Art. 905 ZGB ausdrücklich nicht dem Pfandgläubiger, sondern dem Aktionär (also in der Regel dem Pfandschuldner) zu. — Vgl. Bertsch, Die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, S. 157.

²⁴ Vgl. Bertsch a. a. O. S. 158 f.

²⁵ Allerdings hat der Gläubiger gemäss Art. 741, Abs. 2, die Möglichkeit, wenn kein zur Vertretung berechtigter Liquidator in der Schweiz wohnhaft ist, beim Richter die Ernennung eines hiezulande domizilierten und gerichtlich ohne weiteres belangbaren Liquidator zu beantragen.

²⁶ Mit dieser dreimaligen Publikation eilt es oft auffallend: Am 10. März 1950 beschliesst die GV der T-V AG Zürich die Auflösung. Am 16., 17. und 18. März erscheinen im HAB die drei Schuldenrufe, alle vom Liquidator per 15. März datiert. Es fällt auch auf, dass die Schuldenrufe meistens nur auf Art. 742, Abs. 2 OR mit der Aufforderung zur Forderungsanmeldung Bezug nehmen, andere wieder — was richtiger sein dürfte — ausdrücklich erwähnen, dass die Ansprüche binnen Jahresfrist anzumelden seien. (Art. 745 OR).

nicht nach, haften sie den durch dieses Verhalten geschädigten Gläubigern persönlich (Art. 754, Abs. 2). Die 5-, bzw. 10-jährige Verjährungsfrist gemäss Art. 760 OR dürfte ausreichen, um den für die Wahrung seiner Interessen einigermassen besorgten Gesellschaftsgläubiger den persönlichen Schadenersatzanspruch geltend machen zu lassen. Der Gläubiger kann auch, da das Gesetz ohne von einer klageweisen Erzwingbarkeit zu sprechen, „eine genügend abgeklärte Leistung an“ sie vorsieht, bei der Liquidation auf „Hinterlegung eines entsprechenden Betrages“ klagen²⁷.

Nicht ausdrücklich erwähnt sind im Gesetz die Wirkungen der Nichtanmeldung oder nicht fristgerechten Anmeldung ihrer Ansprüche durch die Gesellschaftsgläubiger auf den Schuldenruf. Offenbar können jene Forderungen, trotz der auf mangelhafte Wahrnehmung der Interessen schliessenden lassenden Untätigkeit des Titelsträgers, nicht mit Ablauf der Anmeldefrist gemäss Art. 745, Abs. 2, verwirkt und damit erloschen sein. Ein kurzer Vergleich mit den Schuldenrufen nach Erbrecht und SchKG drängt sich auf. Nach Art. 590 ZGB haften die Erben den Gläubigern des Erblassers, die die Anmeldung auf den „Rechnungsruf“ („Benefiz-Inventar“) gemäss Art. 581 „versäumt“ haben, „weder persönlich, noch mit der Erbschaft“. Hat dagegen der Gläubiger ohne eigene Schuld die Anmeldung unterlassen²⁸, haftet der Erbe, aber nur mit der Bereicherung aus der Erbschaft. — Für die entsprechenden Situationen bei der Zwangsvollstreckung normiert Art. 267 SchKG generell:

„Die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche am Konkurse nicht teilgenommen haben, unterliegen denselben Beschränkungen wie diejenigen, für welche ein Verlustschein ausgestellt worden ist“.

Gemäss Art. 232, Abs. 2, Ziff. 2 SchKG, hatte das Konkursamt ebenfalls einen Schuldenruf erlassen mit der Aufforderung an die Gläubiger des Gemeinschuldners, binnen einem Monat seit der Bekanntmachung ihre Forderungen oder Ansprüche dem Konkursamte einzugeben. Die Unterlassung hat also keinesfalls eine Verwirkung der Forderung zur Folge. Sonst wäre es ja in die Hand der schuldnerischen Gesellschaft gelegt, durch die Fristansetzung in der Liquidation über Forderungen säumiger Gläubiger durch ihre Zerstörung zu verfügen. In den zum Vergleich herangezogenen andern beiden Fällen des Schuldenrufes bestände insofern eher Veranlassung dazu, eine Verwirkung des Gläubigerrechtes eintreten zu lassen, als

²⁷ Siegwart Komm., Einleitung N. 251. — Die Verwirklichung des Sicherungsanspruches auf dem Wege der Betreibung befürwortet Kockel.

²⁸ Über Schuldhaftigkeit der Nichtanmeldung vgl. BGE 72 II 16: Von „Schuld“ kann nur bei kaum glaublicher, unverständlicher Nachlässigkeit des Gläubigers gesprochen werden, der vom Tode des Schuldners und vom Rechnungsruf wusste. „Non si può invece ascrivere a colpa del creditore la circostanza d'aver ignorato la pubblicazione della grida nel foglio ufficiale cantonale. Il creditore non ha infatti l'obbligo di controllare ininterrottamente i fogli ufficiali dei cantoni in cui sono domiciliati i suoi debitori . . .“ — Da der Entscheid in formalrechtlicher Hinsicht von grösster Bedeutung ist, wird im Zusammenhang mit der offenen AG-Liquidation darauf zurückzukommen sein.

dort der zum Schuldenruf führende Tatbestand regelmässig durch ausserhalb der Schuldner (Erben, bzw. Gemeinschuldner) gelegene Umstände gesetzt wird, nämlich durch den Tod des Erblassers, bzw. das Konkursbegehren eines betreibenden Gläubigers.

Das HAB geniesst aber bundesrechtlich schon insofern erhöhten Schutz, als für AG, aber auch für GmbH und Genossenschaft, der darin zu publizierende Schuldenruf im OR ausdrücklich vorgesehen ist und dank der zwingenden Bestimmungen der Art. 932, Abs. 2 und 933 OR, Inhalt und Datum verbindlich mit positiver Publizitätswirkung ausgestattet sind²⁹. Zwar genossen auch die kantonalrechtlichen öffentlichen Urkunden und die bundesrechtlich geregelten öffentlichen Register den verstärkten öffentlichen Glauben (Art. 9 ZGB). Über die Publizitätswirkung kantonalen offizieller Publikationsorgane spricht sich das Bundesrecht nicht aus. Mit Grund. Es ist einem Gläubiger, der sein Geld in den verschiedensten Kantonen angelegt hat, nicht zuzumuten, sämtliche für seine Schuldner in Frage kommenden Amtsblätter zu halten und laufend zu konsultieren³⁰. Es kommt auf die konkreten Umstände an, ob er eine solche Publikation als ihm bekannt gelten zu lassen habe oder nicht.

Eine privatrechtliche Zerstörung der Forderung des säumigen Gläubigers kommt also kaum in Frage³¹. Die Einhaltung der einjährigen Sperrfrist seit der 3. Publikation des Schuldenrufs (bzw. der vom Richter gemäss Abs. 3 von Art. 745 OR abgekürzten Frist) ermächtigt aber die Liquidatoren, nun zur Verteilung der verbliebenen Aktiven an die Aktionäre zu schreiten und nach dieser Auseinandersetzung die an sich noch schuldnerische Gesellschaft im HReg rechtswirksam und unwiderruflich löschen zu lassen. Da ein Rückforderungsanspruch gegen die Aktionäre bezüglich des gutgläubig entgegengenommenen Liquidationsanteils nicht besteht, den Liquidatoren ebenfalls kein Vorwurf gemacht werden kann, der die Geltendmachung eines direkten Schadenersatzanspruchs aus Art. 754 OR rechtfertigt, hat der säumige Gesellschaftsgläubiger keinen Schuldner mehr.

²⁹ Dies gilt jedenfalls für den „amtlichen Teil“, d. h. die Publikation der Auflösung und des Eintritts ins Liquidationsstadium. — Aber auch alle „vom Gesetze vorgeschriebenen Veröffentlichungen“, die nicht notwendigerweise Handelsregistereinträge betreffen, wie eben der Schuldenruf bei der AG-Liquidation, gehören nach Art. 931, Abs. 2 OR und VO des BR vom 7. Juni 1937 — AS NF 53, S. 610 — zum eigentlich „amtlichen“, mit den besonderen rechtlichen Wirkungen ausgestatteten, und nicht bloss zu dem dieser Wirkungen ermangelnden „offiziellen“ Teil, wie etwa die nach Ermessen veröffentlichten Verordnungen, Verfügungen und sonstigen amtlichen „Mitteilungen“. — Vgl. His, Komm., N. 11 f., 14 zu Art. 931.

³⁰ Vgl. den bereits erwähnten BGE 72 II 16. — Immerhin bleibt beachtlich, dass unter den freien, von der Redaktion (Handelsabteilung des EVD) nicht mehr gedeckten Veröffentlichungen im HAB sich gelegentlich auch amtliche Rechnungsrufe gemäss Art. 580 f. ZGB befinden; vgl. z. B. HAB 4. April 1950, 900 — No. 79.

³¹ So auch Becker, Komm., N. 20 zu Art. 823: „Das Sperrjahr ist keine Präklusivfrist. Der Gläubiger, der einen Anspruch noch nach deren Ablauf anmeldet, hat ihn nicht verloren, aber er muss an das kommen, was noch vorhanden ist . . . Ist jedoch alles in gesetzlicher Weise verteilt, so ist von Rechts wegen nichts mehr für ihn vorhanden, und er muss den Verlust tragen“.

Eine Wiedereintragung gestützt auf den Nachweis des formalen Bestehens der Forderung kann nicht verlangt werden. Auch wenn noch ein Gläubiger seine Forderung glaubhaft machen könnte, er sie aber nicht innert Frist (genauer: vor dem Löschungseintrag im Tagebuch des Handelsregisters) angemeldet hat, muss die Liquidation gleichwohl als abgeschlossen betrachtet werden. Nur wenn die Verteilung des Vermögens „in widerrechtlicher Weise vor Ablauf des Sperrjahres und der den Gläubigern zur Anmeldung ihrer Ansprüche gesetzlich eingeräumten Frist“³² erfolgte, besteht für den verbliebenen Gläubiger „ein schutzwürdiges Interesse“ an der Wiedereintragung und ohne ein schutzwürdiges Interesse kann trotz formaler Gläubigereigenschaft die Wiedereintragung nicht durchgesetzt werden. Dem Wertloswerden einer durch Versäumnis des Gläubigers nicht angemeldeten Forderung, weil der Schuldner zu existieren aufgehört hat und niemand in dessen noch bestehende Pflichten eintritt, entspricht als Korrelat die strenge gesetzliche Regelung und Gerichtspraxis, dass eine Auseinandersetzung mit den Aktionären vor Ablauf der Sperrfrist ungesetzlich ist und den benachteiligten Gläubiger, dem von den Liquidatoren durch Löschung der Gesellschaft zuvorkommen versucht wird, zur Veranlassung der Wiedereintragung berechtigt.

Die offene Liquidation der *K o m m a n d i t - A G* und der *G. m. b. H.* hat sich nach den strengen Bestimmungen des Aktienrechts zu richten (Art. 770, Abs. 2³³ und Art. 823 OR). Auch hier gilt, dass bevor die Gesellschafter ihr entstehendes Gläubigerrecht auf das Liquidat geltend machen können, die äusseren Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus der Versilberung der Aktiven getilgt, also die fälligen bekannten Verbindlichkeiten erfüllt, für die nicht fälligen ein entsprechender Betrag hinterlegt oder anderweitig Sicherheit geleistet sein müssen.

Für die Liquidation der *G e n o s s e n s c h a f t* gilt nach der unmissverständlichen Regelung in Art. 913 OR subsidiär Aktienrecht, d. h. unter Vorbehalt der dem Wesen der neurechtlichen Genossenschaft angepassten Sondernormen. Diese letzteren lassen aber das Prinzip des absoluten Vorranges der Genossenschaftsgläubiger vor den Genossenschaftern unberührt. Sie betreffen nur die eventuelle Verteilung des „nach Tilgung sämtlicher Schulden und Rückzahlung allfälliger Genossenschaftsanteile“ verbleibenden Vermögens der aufgelösten Genossenschaft (Art. 913, Abs. 2 OR) und zwar vermutungsweise, d. h. ohne andere statutarische Regelung, nach Kopfteilen,

³² BGE 64 I 337. — Ein ganz krasser Fall lag BGE 69 I 136 f. zugrunde. „Hier ergab sich aus dem Berichte der Revisionsstelle . . . eine schwere Gesetzesverletzung und ein Misstand, der einem sofortigen Eingriff rief. Denn aus dem Berichte ging hervor, dass sich die liquidierende Bank ihrer Aktiven entäussert und, statt mit dem Erlöse in erster Linie ihre Gläubiger zu befriedigen oder deren Guthaben sicherzustellen, mit Rückzahlungen auf das Aktienkapital begonnen hatte, ohne die Vorschriften über den Gläubigerschutz (Art. 744 OR) einzuhalten“.

³³ Die Regelung der Kommandit-AG ist eher prekär. In einem Abs. des Art. 770 hätte die analoge Geltung der materiellen Liquidationsbestimmungen der Art 742 ausdrücklich erwähnt werden sollen.

entsprechend dem in Art. 854 OR ausgesprochenen Grundsatz der Gleichberechtigung³⁴. Offenbar kann auch hier solange nicht von einer Durchführung der Liquidation und Untergang der Körperschaft die Rede sein, als noch Genossenschaftsgläubiger vorhanden sind, die keine Gelegenheit hatten, auf den ordentlichen Schuldenruf hin ihre Forderungen anzumelden. Es dürfte dies selbst dann zutreffen, wenn unterdessen gesetzwidrig die Genossenschaftsanteile zurückbezahlt und der Rest des Vermögens (Liquidationsüberschuss) entweder verteilt oder „zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet“ wurde.

Dass ähnlich wie bei AG und GmbH nach effektiver Befriedigung der Aussengläubiger auch hier die Genossenschafter mit ihrem statutarischen, festgelegten Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös in die nun massgebliche Gläubigerstellung aufrücken, bedarf wohl keiner weiteren Erläuterungen.

3. Gläubigerschutz in der konkursamtlichen Gesellschaftsliquidation

a) *Allgemeines.* Diese Liquidationsart legt wohl von all den möglichen auf die Auflösung folgenden Verfahren von Amtes wegen das grösste Gewicht auf den unbedingten Vorrang der Gesellschaftsgläubiger, wohinzu freilich auch der Gesellschafter zu rechnen ist, der der Gesellschaft kreditiert, für sie sich verbürgt oder Kautionsleistung geleistet hat. Da in der Regel die Aktiven nicht einmal für diese privilegierte Gruppe der Beteiligten ausreichen, erfolgt innerhalb derselben die für die endgültige Verteilung des Erlöses massgebliche Kollokation. Schon im Zusammenhang mit in Frage stehenden sozialen Belangen war auf die grundsätzlich schwächere Stellung der effektiven (im Gegensatz zu Verwaltungsräten, Delegierten und gewissen Direktoren) Arbeitnehmer hinzuweisen. Ein Aequivalent bieten ihre Vorrechte bei der konkursmässigen Auseinandersetzung.

b) *Materiell* bestehen keine Besonderheiten hinsichtlich des Erlöschens der schuldnerischen Körperschaft. (Immerhin sind die zwingenden Normen von Art. 208 f. SchKG zu beachten, wonach der Auflösungsgrund der Konkurseröffnung grundsätzlich die Fälligkeit der Schuldverpflichtungen der Gesellschaft bedingt.) Es ist bei der besprochenen offenen Liquidation Sache der Liquidatoren, nach Durchführung ihrer Aufgabe die Löschung im HReg zu veranlassen; hier nun obliegt die bezügliche Anmeldung dem Konkursamte, welches das Schlusserkenntnis des Konkursgerichtes zudem zu veröffentlichen hat (Art. 268, Abs. 2 und 4 SchKG, Art. 939, Abs. 3 OR). Trotz der intensiveren amtlichen und gar gerichtlichen Mitwirkung, bzw. Überwachung der gesetzmässigen Durchführung ist die Wirkung des

³⁴ Vgl. Kummer Max, Die Gleichbehandlung der Genossenschaften gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Abhandlungen z. schw. Recht No. 273, Bern 1949.

Löschungseintrages grundsätzlich keine stärkere als bei der Löschung nach ordnungsgemäss durchgeführter offener Liquidation. Die Forderungen bestehen, soweit nicht durch Befriedigung, Vergleich, Erlass oder Verrechnung der Untergangsgrund gesetzt wurde, weiter. Nur ist auch hier nach Löschung im HReg kein Schuldner mehr vorhanden und darum werden auch — übungsgemäss — bei Körperschaftskonkursliquidationen ohne subsidiäre persönliche Haftung für den durch das Liquidationsergebnis nicht gedeckten Betrag der kollozierten Gläubigerforderungen keine eigentlichen Verlustscheine i. S. von Art. 265 SchKG, sondern einfache Bescheinigungen über die erlittenen Verluste (als Buchungsbelege) ausgestellt. Die Gläubiger, die sich auf den Schuldenruf gemäss Art. 231 f. SchKG nicht gemeldet haben und auch nicht aus den öffentlichen Büchern (Grundbuch, kantonalrechtliche Hypothekenbücher) als solche ersichtlich waren (Art. 246 SchKG), nehmen am Konkurs nicht teil und ihr Forderungstitel ist praktisch Non-valeur geworden, da Art. 267 SchKG über die nicht eingegebenen Forderungen hier keine Wirkung äussert. Dagegen besteht für die kollozierten Gläubiger trotz Löschung der Körperschaft die Chance, dass ihre Verlustscheine bzw. Verlustbelege eine gewisse Aufwertung gemäss Art. 269 SchKG erfahren können, indem nach Schluss des konkursamtlichen Liquidationsverfahrens entdeckte und ohne weitere Förmlichkeit verwertete Aktiven ausschliesslich pro rata und gemäss der Rangordnung des Art. 219 SchKG an die kollozierten zu Verlust gekommenen Gläubiger fallen.

Kein gerichtliches Schlusserkenntnis erfolgt bei Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven gemäss Art. 230 SchKG. Die Einstellungsverfügung bietet, trotzdem eine „Liquidation“ nicht durchgeführt wurde, eine genügende Grundlage für die rechtskräftige Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (HRegVO Art. 65 und 66, Abs. 2)³⁵. Der Gläubiger müsste, um eine Kollokation seiner Forderung und einen Verlustschein zu erwirken, erst noch die Kosten des Konkursverfahrens tragen.

c) Die Rangordnung der Gläubiger gemäss Art. 219 SchKG ist betont sozial. Sind noch Löhne der Arbeitnehmer der in Konkurs geratenen Gesellschaft ausstehend, figurieren sie in der 1. Klasse und haben nach den Verfahrenskosten, Massaverbindlichkeiten und pfandgesicherten Forderungen den absoluten Vorrang. Dies gilt jedenfalls für die sog. untern Arbeitnehmerkategorien, solange sie nur im Rahmen der abgestuften Fristen (12, 6, resp. 3 Monate) ihren Lohn stehen liessen. Die Rechtfertigung dieser Regelung liegt in der grundsätzlich schwachen Stellung des Angestellten/Arbeiters im Unternehmen seines Brotherrn, von dem er — von ausgesprochenen Konjunkturzeiten abgesehen — finanziell abhängig ist, was sich notwendig in der Rücksichtnahme auf eigene persönliche und

³⁵ „Wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, so erfolgt die Löschung, wenn die Vertreter der Gesellschaft nicht innert der vom Registerführer angesetzten Frist gegen die Ankündigung der Löschung begründete Einsprache erheben. Sie ist unter allen Umständen nach durchgeführter Liquidation vorzunehmen.“

familiäre Interessen auswirkt; er wird es, trotz der rechtlich unbestrittenen Befugnis, in flauen Zeiten kaum wagen, die vertraglich oder gesetzlich fristgerechte Entlohnung zu erzwingen. Um so gerechtfertigter ist die Privilegierung im Hinblick auf die nun definitiv in Aussicht stehende Liquidierung des Unternehmens³⁶.

Bei den sog. höheren Angestellten, die an und für sich ebenfalls für den Lohn der letzten 6 Monate vor der Konkurseröffnung privilegiert wären, machen die nichtprivilegierten 5.-Klass-Gläubiger oft nicht zu Unrecht gesellschaftliche Beteiligung derselben geltend, besonders dann, wenn das Monatsgehalt jeweils nominell erhöht wurde unter der Bedingung und solange der „Angestellte“ sich mit Bargeld oder Sicherheitsleistung bei seiner notleidenden Firma beteiligte oder weiter den Lohn stundete³⁷.

Auch die Fürsorgeeinrichtungen zugunsten der Arbeitnehmer der konkursamtlich zu liquidierenden Gesellschaft figurieren vor den übrigen Gläubigern, d. h. in der 2. Klasse. So schon nach dem ursprünglichen SchKG (Art. 219, 2.Kl. b) „die Forderungen der Arbeiterkassen gegenüber dem Arbeitgeber“³⁸, und als wichtige Neuerung durch Art. 15 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zu OR 1936 (Üb OR) als lit. e beigefügt: „Die Forderungen von Fonds zur Gründung und Unterstützung von Wohlfahrts-

³⁶ Zwar kann auch dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsgläubiger die Liquidation (trotz des in Kauf zu nehmenden ziffermässigen Verlustes) derzeit deshalb besonders ungelegen sein, weil sie ihr Betreffnis nicht zweckmässig weiter anlegen können. — Es besteht aber ein wesentlicher soziologischer Unterschied zwischen der Anlagenschwierigkeit der menschlichen Arbeitskraft als investiertes „Kapital“ und derjenigen des gemünzten Geldes.

³⁷ In dem grundlegenden BGE 52 III 145 f. wird das entscheidende Kriterium in dem Unterordnungsverhältnis erblickt, wobei es nebensächlich sei, ob es sich um Techniker, Vorarbeiter, Lagerchefs usw. handle. „Le critère de l'art. 219,1 b réside, en effet, dans l'existence simultanée d'un contrat de louage de service et d'un lien de subordination effectif . . .“ Nicht gleich verhalte es sich aber bei gewissen AG- und Genossenschaftsleitern, die sich einer mehr oder weniger grossen Unabhängigkeit erfreuen und ihre Stellung sich daher derjenigen eines Geschäftsinhabers nähere, trotzdem sie formalrechtlich im Anstellungsverhältnis zur juristischen Person stehen. (BGE 52 III 148 verweist auf Blätter ZR 9, No. 19 und Jaeger, Konkursrecht, Enz.R.- & St.W., S. 46.) — Immerhin wurde in Blätter ZR 31, No. 185 entschieden, der „technische Leiter“ einer AG, der zugleich Verwaltungsrat sei, könne gleichwohl in den Genuss des Lohnprivilegs kommen, besonders wenn er als technischer Leiter „strikt und prompt“ die Weisungen der Direktion oder ihrer bestellten Organe zu befolgen hatte. — Auch der Direktor einer AG ist nach Blätter ZR 34, No. 82 nicht ohne weiteres vom Privileg ausgeschlossen: „Der Titel ‚Direktor‘ allein gibt über die tatsächliche Stellung im Geschäft noch nicht genügenden Aufschluss“; wenn der Direktor (als Abteilungsleiter) nicht direkt unter der Aufsicht des Verwaltungsrates stand, sondern Mitglieder des engeren Vorstandes zu unmittelbaren Vorgesetzten hatte, könne nicht eine Annäherung an die Stellung eines privaten Geschäftsinhabers angenommen werden.

³⁸ Vgl. dazu BGE 51 II 472: „Durch die Privilegierung solcher Forderungen wollte vermieden werden, dass im Konkurs des Fabrikanten dessen Ehefrau für ihre Frauengutsforderung teilweise befriedigt werde, während die Arbeiter die zwecks Speisung einer Krankenkasse der Fabrikarbeiter abgezogenen Lohnbeiträge verlieren . . .“

einrichtungen für Angestellte und Arbeiter . . .“, welche Bestimmung diejenige der Art. 673 und 862 OR ergänzt, wonach das Vermögen des Wohlfahrtsfonds in einer Forderung an die Gesellschaft bestehen kann. Voraussetzung der Privilegierung ist freilich, dass der Wohlfahrtsfond (als Gesellschaftsgläubiger) „mit dem Rechte der Persönlichkeit ausgestattet“ ist, wie es auch Art. 3 ÜB OR für die bei Inkrafttreten des neuen Handelsrechts bereits bestehende Fonds normierte. Ob bei dieser Verselbständigung nur die Rechtsform der Stiftung zulässig ist — der Wortlaut des Art. 3 ÜB und Art. 673, Abs. 2 u. 3, sowie analog Art. 862, Abs. 2 und 3 OR scheinen darauf zu deuten — oder auch die Form der Genossenschaft, z. B. eine Pensionskasse in dieser Rechtsform, ist bestritten³⁹. Man wird aber mit Guhl⁴⁰ diese Form dann zulassen müssen, wenn die aus der Vermögenszuwendung Nutzen Ziehenden eine dem Institut der Stiftung ebenbürtige Sicherheit erlangen.

Auffallenderweise sind nun aber in lit. e von Art. 219, 2. Kl., SchKG und Art. 862, Abs. 1 OR ausdrücklich auch „Genossenschafter“ neben den Arbeitern und Angestellten als (bedingt) forderungsberechtigt gegenüber den verselbständigten privilegierten Fonds erwähnt. Insofern geht also der Wohlfahrtsfond für die Genossenschafter mit seiner Forderung gegen die Genossenschaft den gewöhnlichen Gläubigerforderungen bei weitem vor.

Beim Konkurs von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften kann das sog. Frauengutsprivileg in der 4. Klasse bedeutsam werden. Freilich nicht in dem Sinn, dass die Frau als unbeschränkt haftende Gesellschafterin neben ihrem Manne⁴¹ oder neben Dritten für ihre Kapitalbeteiligung sich auf das Privileg berufen könnte, denn gemäss der zwingenden Bestimmungen des Art. 191, Ziff. 2 ZGB sind „kraft Gesetzes“ „die Vermögenswerte des Frauengutes, mit denen die Ehefrau einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt“ Sondergut und ein Vorrang vor andern Gläubigern, bzw. Gesellschaftern, käme unter diesem Titel nicht in Frage⁴². Auch wenn die Frau Kommanditärin oder Mitglied einer GmbH oder Genossenschafterin mit beschränkter oder unbeschränkter persönlicher Schuldenhaftung oder endlich als Organ persönlich haftbares Mitglied einer Verwaltung, Kontrollstelle, Geschäftsführerin oder Liquidatorin ist, haftet sie persönlich mit ihrem ganzen Vermögen. — Hat dagegen der Ehemann das Eingebachte der Frau in eigenem Namen etwa als Apport oder Barbeteiligung verwendet

³⁹ Stauffer, Komm., N. 14 zu Art. 3 Schl. & UeB. OR.

⁴⁰ Guhl, in Schweiz. AG, Bd. 10, S. 242 f.

⁴¹ Berger, Albert, Gesellschaften unter Ehegatten, Diss. Fribourg 1925; Berlinger Alice, Die Rechtsstellung der Ehefrau als Handelsfrau, Diss. Bern 1934, S. 82 f.

⁴² BGE 43 II 13 bezüglich der Ehefrau als Kollektivgesellschaftsmitglieds mit ihrem Manne. — Egger, Komm. N. 8 zu Art. 191 ZGB: Es ist gleichgültig, ob sie den Betrieb „allein oder als unbeschränkt haftende Gesellschafterin in Gesellschaft mit ihrem Manne oder Dritten führt“. Siegart, Komm. Vorb. 33 zu Art. 530 f. geht noch weiter; lässt gleiche Wirkung eintreten, „wenn die Frau nur Kommanditärin oder stille Beteiligte des Mannes wird“.

und die dank der Beteiligung eingeräumte Organstellung zum Nachteil von Gläubigern und Mitgesellschaftern missbraucht, bzw. durch Unfähigkeit zu Schaden kommen lassen, konkurriert die Ehefrau in privilegierter Stellung mit den zur Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruches Legitimierten (Juristische Person, Gesellschaftsgläubiger, Mitgesellschafter, Art. 754 f. OR)⁴³. — Ähnlich verhält es sich, wenn für den in Güterverbindung oder -Gemeinschaft lebenden Ehemann seine subsidiäre persönliche Haftung als Kollektivgesellschafter oder Komplementär aktuell wird und die Gläubiger, im Vertrauen auf den finanziellen Rückhalt des von jenem Gesellschafter verwalteten und versteuerten Eingebachten der Frau, der Gesellschaft kreditiert hatten: Bis zur Hälfte jenes Eingebachten geht die Ehefrau den im Gesellschaftskonkurs zu Verlust gekommenen Gesellschafts- und den persönlichen Gläubigern des Mannes vor (ZGB Art. 211, 224, SchKG Art. 219, 4. Kl.). Die Gesellschaftsgläubiger tun jedenfalls gut daran, die Anmeldung privilegierter Frauengutsforderungen nicht unesehen hinzunehmen, sondern nötigenfalls durch Kollokationsklage (Art. 250, Abs. 2, 2. Satz SchKG) anzufechten.

4. Gläubigerschutz beim Liquidationsvergleich

Der Nachlassvertrag „mit Abtretung aller Aktiven“, wie man ihn früher bezeichnete, oder nach der neuen, von der SchKG-Revision⁴⁴ übernommenen Terminologie, Nachlassvertrag „mit Vermögensabtretung“ (Liquidationsvergleich) kann als das Institut bezeichnet werden, das wohl die Vorteile der Konkursliquidation in sich enthält, nicht aber deren auffälligsten Nachteile. Es ist daher verständlich, dass seine Bedeutung ständig im Steigen begriffen ist, wie es schon vor der Revision von 1949 mit Widmung eines eigenen Abschnittes die amtlichen Bestätigungspublikationen beweisen.

Die Nachteile der Konkursliquidation von handelsrechtlichen Körperschaften liegen vor allem in den starren und hohen amtlichen Kosten, denen kaum ein wirkliches Äquivalent gegenübersteht. Zwar haften Betreibungs- und Konkursbeamte für sich und ihre Angestellten gemäss Art. 5 SchKG, aber die Haftungsstatbestände erschöpfen sich wohl meist in der Vernachlässigung der Pflichten und Obliegenheiten der Ämter in der fristgerechten Abfassung und Zustellung der obligatorischen Formulare!

⁴³ Während die Gesellschaft den Anspruch in jedem Falle geltend machen kann, ob es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Schaden handle, können Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre, bzw. Genossenschafter, den mittelbaren Schaden nur im Falle der Konkurseröffnung (Art. 758 OR) (und des dieser gleich gestellten Liquidationsvergleichs) und nur nach Verzicht der Konkursverwaltung auf dessen Geltendmachung einklagen (Art. 756, 917 OR).

⁴⁴ BG vom 28. Sept. 1949 (in Kraft seit 1. Februar 1950), Abschnitt 316 a ff. SchKG.

Jene häufig genug in die Tausende von Franken gehenden Kosten, die sonst vorweg aus den Aktiven zu decken sind, kommen hier im Wesentlichen den Gläubigern zugut. — Eine weitere Unzukömmlichkeit, die noch auf die frühere Anschauung des Deliktcharakters der Insolvenz i. w. S. zurückgehen dürfte, liegt in der Herabwürdigung des Gemeinschuldners durch die ständige gesetzliche Drohung mit Polizeimassnahmen während des Verfahrens (Zustellung, bzw. Abholung der Urkunden, Präsenzpflicht u. a.) und insbesondere durch die nachteiligen privat- und öffentlichrechtlichen Auswirkungen ausgestellter Verlustscheine ⁴⁵.

Der BGE 74 I 353 f. war von der II. Zivilabteilung als Staatsgerichtshof ergangen, weil 2 dem Liquidationsvergleich nicht zustimmende Gläubiger gegen die gerichtliche Bestätigung desselben staatsrechtliche Beschwerde ergriffen hatten ⁴⁶. Bereits in jenem Entscheid, also vor Inkrafttreten der Revision des SchKG, wird ausgeführt, der Gläubigerausschuss sei beim Liquidationsvergleich „ein für die Durchführung des Nachlassvertrages unentbehrliches Organ, in dessen Ermangelung der Vertrag nicht genehmigt werden darf“; insbesondere gehe es nicht an, den Gläubigerausschuss durch eine vom Liquidator ernannte Kommission zu ersetzen. — „Den Liquidatoren liegt es ob, im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss Art und Zeitpunkt der Verwertung zu bestimmen, und es wäre z. B. nicht zulässig, dass sie im Interesse des Schuldners eine für die Gläubiger günstige Gelegenheit vorübergehen liessen. Es handelt sich hier um das Gegenstück zur Verpflichtung der Gläubiger, sich mit dem Verwertungsergebnis zu begnügen“.

Die Konkursliquidation führt naturnotwendig zum vollständigen Untergang des körperschaftlichen Gebildes. Nicht so der Liquidationsvergleich. Jedenfalls wird in BGE 64 II 368 lit. c ausgeführt, dass durch einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der Bestand der Gesellschaft an sich nicht berührt werde. „Selbst die Einleitung eines gerichtlichen

⁴⁵ Für handelsrechtliche Körperschaften haben diese letzteren zwar wenig Bedeutung, wirken sich aber dank der subsidiären persönlichen Haftung von Gesellschaftern und gegebenenfalls Genossenschaftern sowie bei der Organhaftung aus. — Beachtlich ist allerdings die neuere Praxis des Bundesgerichtes. Nach BGE 62 III 133 hat die Hängigkeit eines Nachlassbegehrens seitens der Gesellschaft „keinen Rechtsstillstand für den Teilhaber zur Folge“; anders noch BGE 45 II 299 f., wonach mit Bestätigung und Erfüllung des Nachlassvertrages auch der subsidiär haftende Teilhaber frei werde. — Die automatische Einstellung in den bürgerlichen Ehren und Rechten ist allerdings schon durch BG betr. die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses (vom 29. April 1920) als unzulässig erklärt worden. Dagegen steht es den Kantonen frei, die Ausübung gewisser Berufsarten Personen zu untersagen, gegen die Verlustscheine bestehen. Art. 18 MO kennt die gleiche Diskriminierung gegenüber Offizieren und Unteroffizieren. Zudem ist Konkurseröffnung bzw. Ausstellung eines Verlustscheinens sog. objektive Strafbarkeitsbedingung und insofern vom reinen Schuldstrafrecht aus nicht ganz verständlich (Art. 163 f. StGB).

⁴⁶ BGE 74 I 353 f., die im Kontext folgenden Zitate gemäss der Übersetzung des korrespondierenden Entscheides in Pra 38, No. 52.

Nachlassvertrages mit Abtretung aller Aktiven bedeutet keine Auflösung und Beendigung einer AG (vgl. BGE 60 I 35 f.). In einem solchen Falle muss höchstens der Eintritt ins Liquidationsstadium im HReg eingetragen werden; aber nur dann, wenn mit dem Nachlassvertragsverfahren ein Auflösungsbeschluss der Gesellschaft Hand in Hand geht (BGE 60 I 48)“. Allerdings werden in der HRegVO unter dem Marginale zu Art. 64 Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemeinsam behandelt. Diese Norm mag für den Regelfall zutreffen, wo dem in Aussicht genommenen Liquidationsvergleich ein Auflösungsbeschluss vorausging. Aber der zitierte BGE 64 II 368 rechnet doch, wenn er es auch nicht ausspricht, mit der Möglichkeit eines Liquidationsvergleichs mit gleichzeitiger Reaktivierung der Gesellschaft, Neuaufnahme von Gesellschaftskapital, Statuten- bzw. Vertragsänderung bezüglich Gegenstand und eventl. sogar Zweck⁴⁷. Den sozialen Belangen wird allerdings bei den letzteren Varianten kaum Rechnung getragen, denn eine „Gegenstands“-Änderung ruft eine Betriebsumstellung, der die Belegschaft im grossen und ganzen nicht, oder nur ausnahmsweise, folgen kann. Ähnliches gilt von der Umstellung von der wirtschaftlichen zur nichtwirtschaftlichen Zweckverfolgung. Doch bleibt das nun sanierte Gebilde als volkswirtschaftlich nützliches Glied insofern als Wert erhalten. Gegenstands- und/oder Zweckänderung ist aber nicht Voraussetzung trotz Liquidationsvergleichs und damit wäre auch dem sozialen Interesse der Nichtbeunruhigung des Arbeitsmarktes gedient.

Es ist Sache des Gläubigerkonsortiums, bzw. -Ausschusses, nach der üblichen Saldoquittung⁴⁸ an die schuldnerische Gesellschaft gegen Übertragung der vereinbarten Aktiven — und unter der Bedingung, dass alle verfügbaren Aktiven wirklich inventiert, wenn auch vertraglich nicht notwendig zur Übertragung vorgesehen wurden — diese am zweckmässigsten zu verwerten und den Erlös an die Gläubiger pro rata zu verteilen. Die nach neuem Recht notwendig einzusetzenden Liquidatoren und der ebenfalls zu wählende Gläubigerausschuss (Art. 316 b, Abs. 1, Ziff. 2 SchKG) haben nur mehr die Gläubigerinteressen zu wahren⁴⁹.

⁴⁷ Insofern widersprechen sich in gewissem Sinne Abs. 3 von Art. 316 b und Abs. 2 von Art. 316 d des rev. SchKG, als nach der letzteren Bestimmung im HReg bei Gesellschaftsfirmen der Zusatz „in Nachlassliquidation“ beizufügen ist, während die erstere ausdrücklich vorsieht, dass „nicht das gesamte Vermögen des Schuldners in das Verfahren einbezogen“ zu sein braucht.

⁴⁸ Art. 316 b, Abs. 1, Ziff. 1 SchKG spricht nur von einem „Verzicht der Gläubiger auf spätere Geltendmachung“, lässt aber die „genaue Ordnung eines allfälligen vorbehaltenen Nachforderungsrechts“ offen.

⁴⁹ In Praxis 27, No. 70 = BGE 64 III 20 wird allerdings ausgeführt, dass beim Liquidations-Vergleich einer AG die Liquidatoren neben der Gläubigermasse auch die — vor Bestätigung bzw. Realisierung des Nachlassvertrages — schuldnerische Gesellschaft vertreten: „Ils représentent en effet non seulement la masse des créanciers, mais à certains égards aussi la société débitrice qui, malgré l'homologation du concordat par abandon d'actif, subsiste comme société en liquidation . . .“ Soweit es sich um die Geltendmachung von nur der Gesellschaft zustehenden Aktiven handelt, die, ob bilanziert oder nicht, durch den Vergleich abgetreten sind, kann

Ihre primäre Aufgabe im Interesse der Gläubiger ist daher die Erfassung aller abgetretenen Aktiven. Bei den eigentlichen juristischen Personen war es längere Zeit fraglich, ob beispielsweise auch (nicht bilanzierte) der Gesellschaft zustehende Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Gründern und Organen (Art. 752 f. OR betr. AG) zum abgetretenen Vermögen gehören. BGE 60 III 103 verneinte dies. Mit dem bereits in anderem Zusammenhang erwähnten BGE 64 III 20 änderte die Praxis und seither hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung⁵⁰ erkannt, dass das abgetretene Vermögen auch die Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe, selbst wenn sie im Inventar nicht aufgeführt sind, umfasst. Ebenfalls gehören die paulianischen Anfechtungsansprüche nach Art. 285 f. SchKG zu diesem abgetretenen Vermögen, bzw. zum verwertbaren Substrat⁵¹. Im Falle des Nachlassvertrages nach Konkurseröffnung, auch wenn es in Bestätigung des Liquidationsvergleichs zum Widerruf des Konkurses kommt, ist dies nicht zweifelhaft. Aber auch bei Liquidationsvergleich ausser Konkurs ist dank der materiell gleichen Interessenlage dieses Aktivum den Gläubigern erhalten. Nur wenn Liquidatoren und Gläubigerausschuss auf die Geltendmachung solcher Ansprüche verzichten, ist es Sache der einzelnen in Kenntnis gesetzten Gläubiger, „Abtretung des Anspruches zur eigenen Geltendmachung gemäss Art. 260“ zu verlangen. (Vgl. neu Art. 316 1 SchKG).

Der Disposition der Parteien (Gläubigerkonsortium, bzw. -Ausschuss einerseits, akkordierende Gesellschaft andererseits) bleibt ein sehr weiter Spielraum. Nicht nur kann der Nachlassvertrag die Geltendmachung des aus dem Liquidations-Vergleich sich ergebenden Verlustes gegenüber persönlich haftenden Gesellschaftern ausschliessen⁵², er kann auch eine andere als die im SchKG vorgesehene Rangfolge der Gläubiger verbindlich erklären und insbesondere gewissen im Gesetz bevorzugten Klassen und Kategorien (Pfandgesicherten und sog. höheren Angestellten) einen teilweisen Verzicht auf die Vorzugsstellung zumuten. Wenn allerdings im Nachlassvertrag stipuliert wird, das abgetretene Vermögen sei nach den Grundsätzen des

dem vorbehaltlos zugestimmt werden. Im Falle der bewussten Weiterführung der Gesellschaft aber haben darüber hinaus Gläubigerausschuss und Liquidatoren die Interessen der Gesellschaft nicht zu vertreten.

BGE 74 I 353 f., 366: Die Liquidatoren sind verhalten, sich ihrer Aufgabe „convenablement“ zu entledigen, „sans avoir égard à la situation du débiteur“, mit der alleinigen diesbezüglichen Einschränkung, „si ce n'est qu'ils doivent éviter de lui causer préjudice par une liquidation intempestive ou précipitée“.

⁵⁰ Vgl. BGE 65 II 4, 67 II 170.

⁵¹ Vgl. den Entscheid des Kantonsgerichtes für Graubünden vom 8./10. 6. 1949, wiedergegeben in SJZ 46, S. 177 f.: „Im übrigen dürfte diese Auslegung auch den Erfordernissen der Praxis gerecht werden, die längst erkannt hat, dass auch beim Nachlassvertrag ein Bedürfnis für die Möglichkeit paulianischer Anfechtung besteht . . .“.

⁵² Vgl. Amtsblatt des Kt. Zürich 1950, No. 31 (Publ. No. 34, K. & S.): „Die Gläubiger verzichten auf die spätere Geltendmachung eines bei der Liquidation nicht gedeckten Forderungsbetrages.“

SchKG zu liquidieren, wird notwendig dessen Art. 219 zum Vertragsinhalt erhoben und damit die entsprechenden Privilegierungen⁵³. Es liegt im höchstgelegenen Interesse der Gläubiger, sich vor der Zustimmung zum Nachlassvertrag über die bezüglichen Modalitäten der Liquidation des abzutretenden Vermögens zu vergewissern. Sonst könnte sich für einzelne derselben die Nachlassliquidation bedeutend nachteiliger auswirken, als die Konkursliquidation. Nicht zu umgehen wird sein, dass analog der konkursamtlichen Liquidation die Honorare und Spesen des gerichtlich bestellten Sachverwalters/Liquidators als Massaverbindlichkeit allen andern, auch den pfandgesicherten, Gläubigerforderungen vorgehen.

Bei gerichtlichen Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung sorgt im allgemeinen die Nachlassbehörde als Bestätigungs- und Inkraftsetzungsinstanz dafür, dass diese für die Gläubiger wichtigen Punkte auch wirklich im Vertragstext Aufnahme finden, nötigenfalls durch diskretionäre „Ergänzung“ des abgeschlossenen „Vertrages“⁵⁴. — Unbilligen Zumutungen an die Adresse der Gläubiger muss die Nachlassbehörde die Bestätigung versagen, trotzdem der „Vertrag“ in der Gläubigerversammlung das erforderliche Quorum erreichte. So stellt die Klausel, die die Liquidatoren ermächtigt, den Gläubigern Wertpapiere oder Beteiligungen an neuen Gesellschaften an Zahlungsstatt zuzuteilen, „das äusserste Zugeständnis“ dar, das dem Schuldner gemacht werden könne. Dagegen bedeutet es bereits „Willkür“, zu deren Sanktionierung die Nachlassbehörde nicht Hand bieten dürfe, den Gläubigern noch zuzumuten, 2 Jahre auf die Aushändigung der Beteiligungstitel an der neu zu gründenden Gesellschaft zu warten, um dem Schuldner die Möglichkeit zu lassen, in der Zwischenzeit alle seine Schulden zu zahlen und den Widerruf der Vermögensabtretung zu erwirken⁵⁵.

5. Gläubigerschutz bei Auflösung ohne Liquidation

Beim Liquidations-Vergleich war auszuführen, dass ein solcher weder notwendig eine Auflösung, noch eine Liquidation bedingt. Seine Benennung

⁵³ BGE 51 II 472.

⁵⁴ Art. 316 b, Abs. 2 SchKG: „Soweit die Regelung ungenügend ist, kann sie von der Nachlassbehörde ergänzt werden.“ — Vgl. Amtsblatt des Kt. Zürich 1950, No. 31 (34): Gerichtliche Genehmigung des von einer Koll.Ges. den Gläubigern vorgeschlagenen Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung unter Verbindlicherklärung auch für die nichtzustimmenden Gläubiger und unter „Ergänzung“ durch die Nachlassbehörde:

- 1) Verzicht auf spätere Geltendmachung der nicht gedeckten Beträge (vgl. oben Anm. 52);
- 2) „Mit der Durchführung der Liquidation werden ein Liquidator und ein aus drei Mitgliedern bestehender Gläubigerausschuss beauftragt.“
- 3) Für die Abgrenzung der Befugnisse des Liquidators und des Gläubigerausschusses sowie für die Art und Weise der Liquidation sind Art. 316 a bis t SchKG massgebend . . .“

⁵⁵ Praxis 38, No. 52, S. 139 (BGE 74 I 353 f.)

ist also, trotz der Zweckmässigkeit des Instituts, nicht treffend. Typische Gesellschaftsaufösungen ohne nachfolgende Liquidation sind dagegen bei Personengesellschaften die Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch eine andere, die Fusion und die Umwandlung der juristischen Person in ein anderes körperschaftliches Gebilde. (Die Konkurseinstellung mangels Aktiven gehörte an sich auch hierher. Da sie aber einerseits bereits im Zusammenhang mit der Konkursliquidation gestreift worden war und andererseits vom Standpunkt des Gläubigerinteresses aus kaum von positiver Bedeutung ist, kann ihre weitere Behandlung hier unterbleiben).

a) Den Sonderfall der Geschäftsübertragung mit Aktiven und Passiven, wie sie in Art. 181 OR die grundlegende Regelung gefunden hat, als Folge der Gesellschaftsauflösung brauchte das Gesetz nicht zu normieren. So häufig die Geschäftsübertragung von der aufgelösten oder aufzulösenden Gesellschaft an einen Dritten, an einen Gesellschafter⁵⁶ oder an eine neue Gesellschaft mit genau dem gleichen oder einem ähnlichen Personenstand⁵⁷ auch tatsächlich beschlossen und durchgeführt wird, konnte eine Sondernormierung entbehrt werden, weil, was vom Gläubigerstandpunkt aus das Entscheidende ist, es sich hier wie dort um eine kumulative Schuldübernahme handelt mit allen Kautelen und Risiken einer Geschäftsübernahme. Mit der Übertragung der Aktiven (als Erfüllung der bezüglich eingegangenen obligatorischen Verpflichtungen, vermittelt Tradition, Zession, Indossament, grundbuchliche Übereignung), bzw. mit der Mitteilung der Geschäftsübernahme⁵⁸ gehen grundsätzlich alle zu dem betreffenden Geschäft gehörenden Schulden, ob inventiert und dem Erwerber bekannt oder nicht, auf den letzteren über. Neben der Haftung des Übernehmers besteht eine kumulative Haftung des Altschuldners für die zur Zeit der Schuldübernahme bestehenden Verbindlichkeiten⁵⁹. Der bisherige Gesellschaftsgläubiger braucht also nicht zu riskieren, dass ihm statt der liquiden Gesellschaft als Schuldnerin und den zahlungsfähigen Gesellschaftern als Garanten ein hinsichtlich der Kreditwürdigkeit noch problematisches Gebilde einfach als Schuldner substituiert und unterschoben wird! Während aber bei den übrigen Fällen der Gesellschaftsauflösung die subsidiäre persönliche Haftung der Gesellschafter in 5 Jahren verwirkt ist

⁵⁶ Dieser Tatbestand ist zu unterscheiden von der 2. Variante des Art. 581 OR, des Ausscheidens aller Gesellschafter bis auf einen und damit die Löschung des Betriebes als gesellschaftlichen und dessen Eintrag als Einzelbetrieb. Für den das Geschäft Fortsetzenden treten nicht die Wirkungen der Auflösung, insbesondere Beginn der Verjährung, ein.

⁵⁷ Siegwart, Komm., N. 12 & 15 zu Art. 574.

⁵⁸ „Die von Art. 181 OR geforderte Übernahmemitteilung besteht ihrem Inhalte nach lediglich in der Kundgabe, dass der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Geschäftsinhabers getreten sei . . . Einer besonderen Erklärung, dass auch die Passiven übernommen worden seien, bedarf es nicht“: BGE 75 II 302. — Bei den registerpflichtigen Gesellschaften dagegen besteht die für den Beginn des Fristenlaufes massgebliche Übernahmemitteilung in der Veröffentlichung des bezüglich HReg.-Eintrages im HAB.

⁵⁹ Becker, Komm. N. 24, 27 zu Art. 181.

(Art. 591 f. OR), gilt bei der Geschäftsübertragung nicht diese übliche gesellschaftliche Sonderordnung, sondern die zwei-jährige Präklusivfrist des Art. 181, sofern nicht der Gläubiger überhaupt die aufgelöste Gesellschaft und ihre Gesellschafter als Altschuldner ausdrücklich entlassen hat. Es ist also Sache des Gesellschaftsgläubigers, noch innert der 2-jährigen Frist die fälligen Forderungen nötigenfalls einzutreiben, um sich bei Insolvenz des Neuschuldners an die aufgelöste, aber noch nicht gelöschte Altschuldnerin, bzw. ihre Gesellschafter halten zu können.

b) Scharf hervorgehoben sind die Vorschriften über den Schutz der Gläubigerinteressen bei Fusion der schuldnerischen Körperschaft, insbesondere einer AG oder Genossenschaft mit einer andern. Ist mit dem durch Art. 649 OR geforderten qualifizierten Mehr die Auflösung und Fusion rechtsgültig⁶⁰ beschlossen worden, gelten die zwingenden Bestimmungen von Art. 748/49 OR hinsichtlich des Schutzes der Gläubiger der fusionierenden Gesellschaft. Bei Absorption (Art. 748) gehören dahin: Erlass eines Schuldenrufes an jene Gläubiger durch die Verwaltung der absorbierenden AG, getrennte Vermögensverwaltung unter persönlicher und solidarischer Verantwortung der Verwaltungsräte der absorbierenden Gesellschaft, bis jene Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind, wobei der bisherige Gerichtsstand der absorbierten Gesellschaft gewahrt bleibt, endlich beneficium divisionis jener Gläubiger im Konkurs der absorbierenden Gesellschaft, um die wichtigsten Kautelen zu erwähnen. Analoge Bestimmungen gelten bei Fusion von Genossenschaften, Art. 914 OR.

Werden im Sinne der Kombination (Art. 749 OR) mehrere AGen zu einer neuen AG zusammengelegt, gelten die gleichen Schutzbestimmungen (Abs. 2); die Besonderheiten der Ziff. 1-4 von Abs. 3 betreffen im besondern Publizitätsvorschriften und solche der Wahrung der Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre der einzelnen fusionierenden Gesellschaften in dieser entscheidenden Phase. — Die Fusion einer AG mit einer Komm.-AG und umgekehrt ist im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 750, 770, Abs. 3), nicht dagegen die einer Genossenschaft mit einer AG und umgekehrt, wofür auch kaum ein Bedürfnis bestünde⁶¹.

c) Die U m w a n d l u n g einer AG in eine GmbH ohne Liquidation als Folge der Auflösung ist in Art. 824 f. OR unter prägnanter Berück-

⁶⁰ GV-Beschlüsse auf Fusion können allerdings, schutzwürdiges Interesse vorausgesetzt, von der Minderheit angefochten werden, wenn sie gegen Gesetz oder Statuten verstossen und es kann auf dem Wege des Befehlsverfahrens als vorsorgliche Massnahme „die Enttäuschung der noch verbliebenen Gesellschaftsaktiven“ gemäss Fusionsbeschluss i. S. des Verbots einer Veränderung des Streitgegenstandes verhindert werden, bis über die Anfechtung des GV-Beschlusses rechtskräftig entschieden ist: Blätter ZR 47, No. 3. — Auf den Fall, dass der obligatorische abgeschlossene Vertrag auf Fusion nachträglich doch nicht erfüllt wird, trotzdem die eine Gesellschaft gerade im Hinblick auf dessen Verbindlichkeit die Auflösung beschlossen hatte, wird im Zusammenhang mit dem Problem der Reaktivierung im nächsten Abschnitt zurückzukommen sein.

⁶¹ Siegwart, Komm., Einl. z. AG-Recht, N. 62, 77.

sichtigung der Gläubigerbelange ausführlich geregelt. Schon die „Voraussetzungen“ der Ziff. 1 und 3 von Art. 824 hinsichtlich der Erhaltung des Grund- als Stammkapital und der massgeblichen Beteiligung der bisherigen Aktionäre der schuldnerischen Gesellschaft an der Gesellschaft in der neuen Rechtsform bieten den Gläubigern die grundlegende Gewähr für die Ausschaltung möglicher Missbräuche, da sich ihre Stellung in Anbetracht der nun von den Gesellschaftern zu übernehmenden persönlichen solidarischen Haftung für die Voll-Liberierung des Stammkapitals (Art. 802 OR) hin wie her schon verbessert hat. Art. 826 bietet aber unter dem Marginale „Rechte der Gläubiger“ noch weiter Kautelen: Die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft sind durch 3malige Bekanntmachung in statutarischer Form aufzufordern, Befriedigung oder Sicherstellung aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zu verlangen, sofern sie die GmbH nicht als Schuldnerin anerkennen wollen. „Erst nachdem die Rechte aller dieser Gläubiger in der angegebenen Weise gewahrt sind“, dürfen Auszahlungen aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft an deren Aktionäre (die bei der GmbH sich nicht oder nur mit einem kleineren Betrag zu beteiligen gedenken) vorgenommen werden. Die aufgelöste Gesellschaft kann auch erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der sich meldenden Gläubiger im HReg gelöscht werden.

Nach Art. 4 der Übergangsbestimmungen zum rev. OR kann der Bundesrat Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft ohne Liquidation erlassen. „Es hat dabei die Interessen der Genossenschafter und der Gläubiger angemessen zu berücksichtigen“. Der BR hat von dieser gesetzlichen Spezialdelegation Gebrauch gemacht durch die VO vom 29. Dez. 1939⁶². Jene Umwandlungsbestimmungen betr. AG — GmbH bilden nach Stauffer⁶³ „eine gute Wegleitung für den Bundesrat im Anwendungsgebiet des Art. 4 ÜBest“, an die er aber nicht gebunden ist. Nach diesem Kommentator könnte der BR abweichende, für Gläubiger, die die neue Gesellschaft nicht als Schuldnerin annehmen wollen, „weniger günstige Normen aufstellen“. In der erwähnten VO von 1939 hat er jedenfalls diese Möglichkeit insofern nicht benützt, als er nach Art. 5, Abs. 2-4 derselben den 3maligen Schuldenruf („Bekanntmachung“) in statutarischer Form oder durch Publikation im HAB und die strikte Sicherstellungs- bzw. Befriedigungspflicht gegenüber den sich meldenden widersprechenden Gläubigern vor Auszahlung an die Genossenschafter und unter persönlicher und solidarischer Haftung der Organe der umgewandelten Körperschaft übernommen hat.

⁶² AS 55, S. 1579 f. (In Kraft seit 1. Jan. 1940.)

⁶³ Stauffer, Komm., N. 18 zu Art. 4 ÜBest.

IV. Abschnitt

DIE REAKTIVIERUNG AUFGELÖSTER GESELLSCHAFTEN

1. Begriff der Reaktivierung

Reaktivierung bedeutet Wieder-wirksam-machung. In der juristischen Fachsprache ist darunter das Wiederaufleben einer durch einen Auflösungsstatbestand zur Liquidation und damit zum Untergang in absehbarer Zeit verurteilte Handelsgesellschaft oder Genossenschaft zu freier gewerblicher Entfaltung unter Eliminierung der durch die Auflösung geschaffenen Zweckänderung zu verstehen.

Zivil- und Strafprozessrecht kennen die Revision als ausserordentliches Rechtsmittel, wonach die gleiche Instanz (in der Regel), die ein inzwischen materiell rechtskräftig, d. h. in seinem Dispositiv für alle Behörden verbindlich gewordenes Urteil gefällt hatte, auf Begehren eines dadurch Belasteten auf Grund neu bekannt gewordener Tatsachen, auf den Prozess zurückkommen und ein anderes Urteil fällen kann. — Im Verwaltungsrecht herrscht die Maxime, dass die Verwaltungsakte grundsätzlich nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sodass, von einzelnen gesetzlich verankerten Ausnahmen abgesehen, die Behörde jederzeit bei veränderten Verhältnissen oder auch bloss auf Grund anderer Betrachtungsweise (anderer Gesetzesauslegung) gegenüber dem nämlichen Tatbestand auf ihre Verfügung zurückkommen, sie rückgängig machen, erweiternd oder einschränkend abändern kann¹.

Im Rahmen gesetzlicher Schranken können Personengesellschaften und Körperschaften den Vertrag, bzw. das Statut als Grundgesetz autonom ausgestalten und beschlossene Abänderungen bei veränderten Verhältnissen oder infolge anderer Beurteilung rückgängig machen. Es widerspräche jener grundsätzlichen Autonomie, die Möglichkeit der Reaktivierung einer aufgelösten Gesellschaft — die aber nicht untergegangen und im HReg auch noch nicht gelöscht ist — bei Einstimmigkeit der Gesellschafter überhaupt auszuschliessen. Da aber anderseits durch die Publikmachung des gesetzten Auflösungsstatbestandes nicht nur der Gesellschaftszweck automatisch geändert wurde, sondern auch wichtige Belange der Gesellschaftsgläubiger und an klaren Rechtsverhältnissen im Wirtschaftsleben Interessierten in den Vordergrund rückten, muss die Reaktivierungsmöglichkeit durch verschiedene Vorbehalte eingeschränkt werden.

¹ Fleiner, Institutionen des d. Verw.R. (8. Aufl.), S. 198 f.; Praxis 19, No. 143; BGE 67 I 72.

2. Gesetzlich vorgesehene Reaktivierung bei unwillkürlichen Auflösungen

a) Der Konkurswiderrief infolge Rückzugs der Konkurs-eingaben. Wenn die in Konkurs geratene Gesellschaft nach Ablauf der Eingabefrist die schriftlichen Rückzugserklärungen sämtlicher Gläubiger beibringt, die ihre Forderungen im Konkurs angemeldet hatten, so hat das Konkursgericht den Widerruf des Konkurses auszusprechen und sie wieder in die Verfügung über ihr Vermögen einzusetzen (Art. 195 SchKG). Der Auflösungseintrag² wird gemäss Art. 939, Abs. 2 OR gelöscht, bzw. nach Art. 65 HRegV eine aufhebende Eintragung vorgenommen. Damit ist die Gesellschaft reaktiviert, da das Konkurs-Liquidationsstadium weggefallen ist und jedenfalls solange, als sie nicht willkürlich die Liquidation beschliesst³. Vom Standpunkt der Wahrung der Gläubigerinteressen aus ergeben sich bei dieser Art der Reaktivierung keine Besonderheiten, da jene ja ausdrücklich auf die eingeleitete und unmittelbar bevorstehende zwangsrechtliche Befriedigung ihrer Forderungen verzichtet haben.

b) Der Konkurswiderrief infolge Zustandekommen eines Nachlassvertrages. Nach Art. 195, Abs. 1 SchKG wird der Konkurs auch widerrufen, „wenn ein (gerichtlicher) Nachlassvertrag zustande gekommen ist“. Das Zustandekommen eines Nachlassvertrages im Konkurs lässt regelmässig eine Reaktivierung der durch die Konkurseröffnung aufgelösten Gesellschaft deshalb nicht zu, weil sie sich meistens dank der Stipulationen des Nachlassvertrages in Liquidation befindet, ob es sich um einen gewöhnlichen gerichtlichen Nachlassvertrag gemäss Art. 293 f. SchKG oder einen Liquidationsvergleich handle. Dem steht nicht entgegen, dass ausnahmsweise sich die Gläubiger mit der aktiven Fortführung des gesellschaftlichen Unternehmens nach Bestätigung des Nachlassvertrages und Widerruf des Konkurses abfinden. Rein kaufmännische Erwägungen können sie dazu veranlassen. In diesem Sinne wird auch die Bemerkung bei His⁴ zu verstehen sein: „Das gleiche (Löschung des Auflösungseintrages gemäss Art. 65 HRegV) gilt, wenn der Abschluss des gerichtlichen Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung widerrufen wird“, wenn die Gläubiger auf Grund der autonomen aussergerichtlichen Erledigung ihre Eingaben an die Nachlassbehörde zurückziehen und den Fortbestand der Gesellschaft ermöglichen⁵.

² Der Kommentar Siegwart, N. 7 zu Art. 574, spricht von „Rückgängigmachung der Löschung“ im HReg. Ebenso ausdrücklich Verw.E., Bd. II, No. 39.

³ Es ist auch möglich, dass auf Grund eines aussergerichtlichen Nachlassvertrages mit 100 % Zustimmung die Konkurseingaben zurückgezogen wurden.

⁴ His, Komm., N. 17 zu Art. 939.

⁵ Es braucht sich beim Grund des Widerrufs nicht notwendig um den Tatbestand des Art. 316 SchKG (Zustandekommen des Nachlassvertrages „auf unredliche Weise“) auf Begehren eines Gläubigers zu handeln. — Nach Siegwart, Komm.,

c) **Widerruf der Auflösungsverfügung des HReg-Führers.** Gemäss Art. 86, Abs. 3 HRegV kann die Auflösung widerrufen werden, wenn binnen 3 Monaten seit deren Eintragung im HReg „der gesetzliche Zustand“ bezüglich der Nationalität der Verwaltung wieder hergestellt und zur Eintragung angemeldet wird. Es handelt sich um einen typischen Fall des Zurückkommens der Verwaltungsbehörde auf ihre eigene, hier mit intensiver privatrechtlicher Reflexwirkung ausgestattete Verfügung.

3. Die Frage der Widerruflichkeit eines Auflösungsbeschlusses

a) Bei Personengesellschaften wird generell die Möglichkeit der Reaktivierung durch Widerruf des Auflösungsbeschlusses von der herrschenden Lehre anerkannt⁶. Das Gesetz selbst kennt in Art. 576 OR ein Übereinkommen der Gesellschafter, „dass es, anstatt zu einer gänzlichen Auflösung, zu einem blossen Ausscheiden kommen soll, wenn ein Auflösungsgrund nur in der Person eines einzelnen Gesellschafters sich verwirklicht, wie das beim Tod, bei der Bevormundung, bei der Kündigung und beim Eintritt eines wichtigen Grundes regelmässig zutrifft“⁷. Dabei kann die vorherige Vereinbarung auch dahin gehen, dass die Fortsetzung der Gesellschaft einen einstimmig oder mit qualifiziertem Mehr ad hoc gefassten Beschluss der vom Auflösungsgrund nicht Betroffenen zur Voraussetzung hat. Diese Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft trotz formalen Bestehens eines Auflösungsgrundes ist aber keine eigentliche Reaktivierung, weil die vorherige Vereinbarung den besonderen künftigen Auflösungsgrund virtuell bereits überbrückte.

Der Auflösungsgrund des Übereinkommens unter den Gesellschaftern (Beschluss) kann solange rückgängig gemacht werden, als dadurch nicht Gläubigerrechte geschmälert würden. Solange die Gesellschaftsgläubiger keine Kenntnis haben vom eingetretenen Auflösungsgrund, belangen sie die Gesellschafter nicht persönlich, trotzdem jener Eintritt an sich die persönliche Belangbarkeit der Gesellschafter ausgelöst hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Auflösung im HReg bereits eingetragen wurde oder nicht. Jedenfalls kann Gesellschaftsgläubigern, die gestützt auf einen ihnen bekannten Auflösungsgrund zur persönlichen Belangung der Gesellschafter gemäss Art. 568, Abs. 3 OR geschritten sind⁸, die inzwischen erfolgte Reaktivierung nicht entgegengehalten werden. Es tritt dann der Fall ein, dass einzelne Gesellschaftsgläubiger sich vor den übrigen, die vom

N. 8 zu Art. 574 sind die neben Aktivenverheimlichung und Passivenvortäuschung am ehesten hier in Frage kommenden Versprechungen zugunsten einzelner Gesellschaftsgläubiger i. S. von Art. 314 SchKG „auch dann ungültig, wenn sie von einem Gesellschafter zu persönlichen Lasten abgegeben werden“.

⁶ Vgl. Siegwart, Komm., N. 2 zu Art. 574.

⁷ Siegwart, Komm., N. 1 zu Art. 576.

⁸ Siegwart, Komm., N. 2 zu Art. 574, Nr. 14 zu Art. 568/69.

Auflösungsgrund keine Kenntnis hatten, bzw. nicht sofort daraufhin ihre Interessen wahrten, aus dem Privatvermögen von Gesellschaftern Befriedigung verlangen können, während die Gesellschaft für die übrigen Gläubiger als infolge der Reaktivierung aufgelöst weiter besteht. — Die neuere bundesgerichtliche Praxis scheint noch weiter zu gehen. Die wegen Todes eines Gesellschafters aufgelöste Kollektivgesellschaft kann mit den Erben desselben fortgesetzt werden, solange die Liquidation nicht beendet ist, auf Grund einstimmiger Vereinbarung der Erben mit den überlebenden Gesellschaftern, wobei aber diese „einstimmige Vereinbarung“ auch in einem konkludenten Verhalten der Beteiligten liegen kann⁹.

b) Bei Aktiengesellschaften geht die herrschende schweizerische Lehrmeinung dahin, eine Reaktivierung durch Zurückkommen auf einen Auflösungsbeschluss nicht zuzulassen¹⁰, während das Gesetz sich ausschweigt. Gestützt auf den Verwaltungsentscheid des Bundesrates i. S. Pharmex S. A. von 1928¹¹ wird argumentiert, durch den Beschluss selbst löse sich die Gesellschaft als Erwerbsgesellschaft auf und bestehe nur noch zum Zwecke der Liquidation fort. Dadurch seien auch die Kompetenzen der GV einer AG in Liquidation „beschränkt“, obwohl sie diese Beschränkung — vielleicht unbewusst — vorher selber vorgenommen habe. Selbst ein einstimmig gefasster Beschluss auf Fortsetzung der AG würde „ultra vires“ sein. Geradezu bemüht ist vom BR zur Rechtfertigung seines Standpunktes das Heranziehen des Vergleichs der Bevormundung auf eigenes Begehren (Art. 372 ZGB). (Da das Bevormundungsbegehren objektiv begründet sein muss, ist es einleuchtend, dass die Aufhebung der Beschränkung der Handlungsfähigkeit nun auch nicht nur vom Willen des auf Grund von Art. 372 ZGB Bevormundeten abhängt. Er hat aber immerhin nach Art. 438 ZGB die Möglichkeit, den Nachweis zu erbringen, dass die objektiven Gründe der seinerzeitigen Entmündigung, Gebrechen, Hilflosigkeit, Unerfahrenheit, weggefallen sind, um die „Reaktivierung“ seiner persönlichen Handlungsfähigkeit durchzusetzen!)

⁹ BGE 70 II 56. Das BGer gelangt zu dieser Lösung durch extensive Auslegung von Art. 546, Abs. 3 OR (Stillschweigende Fortsetzung einer wegen Ablaufs der Vertragszeit aufgelösten Gesellschaft), wobei einfach die Erben an Stelle des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters treten.

¹⁰ W. Bertsch, Die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947, S. 46, erklärt kategorisch, der Auflösungsbeschluss sei nach herrschender Lehre unwiderruflich. Ähnlich Th. Guhl, Das schweiz. OR (1948), S. 509: „Ein derartiger Beschluss der GV ist nicht widerruflich . . .“ Zurückhaltender Siegwart, Komm., N. 2 zu Art. 574: „Die bei der AG gegen die Zulassung einer Reaktivierung etwa sprechenden Gründe . . .“

¹¹ Verw.E. II, No. 41, S. 47 f. — Der gelegentlich ebenfalls angezogene Verw.E. I, No. 34, S. 46 befasste sich nur mittelbar mit der Endgültigkeit eines Auflösungsbeschlusses und betraf in der Hauptsache die Frage des Mantelverkaufs einer effektiv aufgelösten und liquidierten, aber im HReg als aktiv weiterbestehend eingetragenen AG.

Jener bundesrätliche Entscheid¹² macht übrigens selbst eine leichte Konzession: Nur die Erwerbsgesellschaft, „wenn sie einmal öffentlich, durch Publikation des Auflösungsbeschlusses im HAB, aus dem Verkehrsleben ausgeschieden ist und sich nachher wieder daran beteiligen will“, muss die für die Neugründung vorgesehenen Normen beobachten. Dies ist aber etwas anderes, als die Aufhebung eines Liquidationsbeschlusses schlechthin.

Es sind folgende Stadien, bzw. Tatbestände auseinanderzuhalten:

a) Der Eintritt ins Liquidationsstadium ist im HAB veröffentlicht, die Liquidatoren sind bestellt und haben ihre Tätigkeit aufgenommen. Damit ist die durch den Auflösungsbeschluss bewirkte Zweckänderung nicht nur für die Gesellschaft verbindlich und unabänderlich, sondern auch die Gläubiger und Aktionäre können sich dank der Publizitätswirkung des HReg-Eintrages und der Veröffentlichung darauf berufen. Die voreiligen Gesellschafter könnten nur durch Neugründung eine „Reaktivierung“ vornehmen; die Liquidation der alten Gesellschaft muss durchgeführt werden. Immerhin kann die neugegründete Aktiven und Passiven der aufgelösten und nun *uno actu* liquidierten Gesellschaft übernehmen.

b) Der Auflösungsbeschluss wurde — als Statutenänderung — öffentlich beurkundet (Art. 736, Ziff. 2 OR). Vor der Anmeldung beim HReg wollen die Gesellschafter in Universalversammlung (Art. 701 OR) darauf zurückkommen und unter Beizug der Urkundsperson den entsprechenden Beschluss fassen. Dies muss u. E. zulässig sein. Die Anmeldung des Eintritts ins Liquidationsstadium ist zwar eine in Art. 737, 740, Abs. 2 OR stipulierte Pflicht der Verwaltung, aber doch nicht in dem Sinne, dass der Eintrag sonst von Amtes wegen vorgenommen werden könnte, wie etwa die Löschung nach durchgeführter stiller Liquidation (Art. 89 HRegV). Die Bekanntmachung und das Entstehenlassen der genannten Publizitätswirkungen steht in der freien Verfügungsmacht der Organe der AG, ähnlich der Anmeldung des stattgefundenen Gründungsaktes (bzw. bei Sukzessivgründung der öffentlichen Urkunde über die konstituierende GV). — Eine andere Lösung würde bei Auflösungsbeschlüssen zwecks Fusion zu kaum überwindlichen Schwierigkeiten führen in dem Falle, wo nach Vereinbarung der Fusion durch die Verwaltungen der beiden Gesellschaften, die eine (im Falle der Absorption die aufzunehmende) Gesellschaft demselben zustimmte und sich auflöste, die andere aber nachträglich die Bedingungen des Fusionsvertrages verwirft¹³. Wenn nicht mit (stillschweigend) bedingten Auflösungsbeschlüssen argumentiert werden kann, muss es der zuerst sich auflösenden unbenommen sein, mit der Anmeldung ihrer Auflösung zuzuwarten bis zum Eintreffen des korrespondierenden Beschlusses der andern Gesellschaft.

¹² Verw.E. II, No. 41, S. 48.

¹³ Beispiel aus Fischer, in Ehrenberg Handbuch, Bd. 3, S. 418, Anm. 23. — Über die deutsche Lehre zu DHGB 307 vgl. unten lit. c.

c) Die Gesellschafter beschliessen in der gleichen ordnungsgemäss einberufenen GV, bzw. in der gleichen Universalversammlung, die den Auflösungsbeschluss gefasst hatte, Zurückkommen auf das Traktandum und Fortsetzung der Gesellschaft. Trotz der vorläufigen Gültigkeit der zuerst beschlossenen Auflösung und trotz der Möglichkeit einer Änderung im Bestande der an der Tagung vertretenen Aktionärstimmen muss die Wiedererwägung, andere Stellungnahme und die bezügliche Änderung des bisherigen Inhaltes der öffentlichen Urkunde möglich und zulässig sein ¹⁴.

d) Bei Einmann- oder kleinen Familiengesellschaften wird der Entschluss, bzw. die Vereinbarung, sukzessiv bestmöglich zu liquidieren, überhaupt nicht oder wenigstens nicht öffentlich beurkundet, nicht beim HReg angemeldet und daher auch nicht bekannt gemacht (stille Liquidation). Es steht im freien Ermessen des oder der Gesellschafter, die vielleicht konjunkturmässig bedingten, veränderten Verhältnisse im Sinne der aktiven Fortsetzung des gesellschaftlichen Unternehmens voll auszunützen, die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit zu reaktivieren. Allerdings müsste bei effektiv durchgeführter Liquidation — trotz Unterlassung der öffentlichen Beurkundung des Auflösungsbeschlusses und des bezüglichen Registereintrages — die AG gelöscht werden und könnte sich nicht mehr reaktivieren, ungeachtet des noch bestehenden, aber mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr übereinstimmende HReg-Eintrages als gewerbende AG ¹⁵. Ist die stille Liquidation aber erst eingeleitet, steht einer vollen Wiederaufnahme der wirtschaftlichen Betätigung i. S. des ursprünglichen Gesellschaftszweckes nichts im Wege.

c) Die deutsche Lehre knüpft an § 307 DHGB an:

„Ist eine AG zum Zwecke der Veräusserung ihres Vermögens im Ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden, so kann, wenn der beabsichtigte Zweck nicht erreicht wird, die GV die Fortsetzung der Gesellschaft beschliessen. . . . Die Fortsetzung der Gesellschaft ist von dem Vorstande zur Eintragung in das HReg anzumelden“.

Die Bestimmung bedeutet eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass

¹⁴ Die mit dieser „Reaktivierung“ unzufriedenen, vielleicht nachträglich im weiteren Verlaufe der GV majorisierten Aktionäre sind auf den Weg der Anfechtung des aufhebenden GV-Beschlusses zu verweisen (Art. 706 OR). — Ob allerdings die Anfechtung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des „Unternehmens an sich“ als Rechtsgut Erfolg hat, bleibt dahingestellt. Vgl. darüber Ehrbar M., Die Anfechtung von GV-Beschlüssen nach ungeschriebenem Recht, Diss. Zürich 1941, S. 57 f. —

Über die Anfechtung einer gesetzwidrigen Bestätigung eines Liquidationsvergleiches vermittels staatsrechtlicher Beschwerde vgl. BGE 74 I 353 f. — Wenn die Majorisierung aber die *wirklichen*, schützenswerten, wenn auch eigennützigen Interessen *aller* Aktionäre berücksichtigt und erst der Gesellschaft ihre Handlungsfähigkeit zurückgibt, muss der individuelle Eigennutz bzw. der formale Gleichberechtigungsanspruch der Minderheitsaktionäre zurücktreten: BGE 76 II 73 f.

¹⁵ Verw.E. I, No. 34, S. 46.

eine einmal aufgelöste AG die Folgen der willkürlichen Auflösung nicht wieder durch blosse Fortsetzung des Betriebes oder durch blossen GV-Beschluss rückgängig machen kann. Nur die Beobachtung der Gründungsvorschriften berge „die vom Gesetze zum Schutze des Publikums geforderte Gewähr in sich, dass die Gesellschaft, die nach ihrem eigenen Ausspruche die Lebensbedingungen einer AG nicht mehr hatte, diese doch hat oder wieder-gewonnen hat“¹⁶. Die Praxis hatte aber bereits die weitere Ausnahme zugelassen, dass die Auflösung mit der für Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit „dann rückgängig gemacht werden könne . . . , wenn die Auflösung infolge Fehlens rechtzeitiger Beschlussfassung über die Fortsetzung aufgezwungen sei“¹⁷. Im übrigen werden unter § 307 DHGB zu subsumierende Ausnahmetatbestände, wo durch einfachen GV-Beschluss die Fortsetzung beschlossen werden kann, gezählt: Rücktritt vom Übernahmevertrag, Anfechtung desselben wegen Betruges, Rücktritt wegen Nichtüberlassung der von der übernehmenden Gesellschaft zugesicherten Aktien; „man wird allgemein sagen können, dass, wenn aus irgend einem Grunde die Veräusserung des Vermögens hinfällig wird, oder aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen die Parteien die Aufhebung des Veräusserungsvertrages vereinbaren, die Vorschrift in Kraft tritt“¹⁸. Immerhin müssen objektive Tatsachen die Nichterreichung des beabsichtigten Zweckes demonstrieren und es kann nicht, wie Gareis¹⁹ die Bestimmung auslegt, der GV überlassen werden, darüber zu entscheiden, ob der beabsichtigte Zweck erreicht werde oder nicht; ebenso wenig geht es an, den Reaktivierungsbeschluss gemäss § 307 zuzulassen, wenn Veräusserungs- bzw. Umwandlungsbeschlüsse im Zustand der offenen Liquidation gefasst worden waren.

§ 307 DHGB war durch das Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, vom 30. Januar 1937²⁰, ausser Kraft gesetzt worden. An seine Stelle trat § 215 jenes Aktiengesetzes, wonach der Rechtsentwicklung in Lehre und Rechtsprechung folgend die Fortsetzung der aufgelösten AG allgemein als zulässig erklärt wurde.²¹, „solange noch nicht mit der Verteilung an die Aktionäre begonnen ist“; der Beschluss bedarf, sofern nicht die Statuten überhaupt Einstimmigkeit verlangen, der Zustimmung von wenigstens $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals vertretenden Aktionären. Wirksam wird der Beschluss erst mit dem Eintrag ins HReg. Damit — und auch nicht wieder erst mit der Publikation — tritt die Gesellschaft aus dem Liquidationsstadium heraus²².

¹⁶ Staub-Pinner, Komm., Anm. 1 zu § 307.

¹⁷ Zit. bei Staub-Pinner, a. a. O. — Kritik des Entscheides durch Hachenburg, in Jur. Wochenschr., 1925, S. 802.

¹⁸ Staub-Pinner, Anm. 4 zu § 307. — Höppner, Praxis des Aktienrechts, S. 375, erwähnt als weitere Fälle der Nichterreichung des Zweckes: Nichtaufbringung des notwendigen Mindestkapitals für die Umwandlung, erfolgreiche Anfechtung des Auflösungs- bzw. Umwandlungsbeschlusses.

¹⁹ Gareis, Handelsrecht, Anm. 1 zu § 307.

²⁰ RGBl I S. 107 ff.

²¹ Von Godin-Wilhelmi, Anm. I zu § 215.

Auf die Darstellung der weiteren Möglichkeiten gemäss § 215 des Aktiengesetzes (Aufhebung des Konkursverfahrens nach Abschluss des Zwangsvergleichs und Einstellung des Konkursverfahrens auf Antrag der Gesellschaft) kann hier in Anbetracht der automatischen gesetzlichen Reaktivierung nach schweizerischem Recht verzichtet werden²³.

²² Von Godin-Wilhelmi, Anm. II, 7 zu § 215.

²³ Vgl. oben Ziff. 2.

4. Schlussfolgerungen

Das kritische Stadium beim Problem der Reaktivierung ist dasjenige der beschlossenen willkürlichen Auflösung mit nachfolgender Publikation des Eintritts in die Liquidation, aber vor Beendigung der letzteren. Nach durchgeführter Liquidation kann der Mantel nicht mehr aktiviert werden und die Gesellschaft ist, weil vollständig untergegangen, löschungsreif. Auf der anderen Seite sind ernstzunehmende Interessen gefährdet, wenn die Gesellschafter, die vor der Publikation des Auflösungsbeschlusses auf diesen zurückkommen und ihn mit dem für wesentliche Statutenänderungen (z. B. Art. 648 OR) erforderlichen qualifizierten Mehr oder gar einstimmig umstossen.

Für die freie Reaktivierungsmöglichkeit analog der Regelung im deutschen Aktiengesetz, im Stadium der offenen, bekannt gemachten Liquidation sprechen verschiedene Gründe: Das körperschaftliche Gebilde besteht i. S. der Identitätstheorie vielleicht mehrere Jahre weiter²⁴ und hat trotz der eingetretenen Veränderungen hinsichtlich Zielsetzung und Organen sein Wesen selbst nicht verändert. Ferner bedeutet die Verweisung der voreiligen Gesellschafter auf die Neugründung, die immer mit erheblichen Gründungsspesen verbunden ist, eine Verschleuderung von Aktiven, die im reaktivierten gesellschaftlichen Unternehmen eher nutzbringend angelegt belassen werden könnten, ganz abgesehen von der fiskalischen Erfassung der angehäuften und nun offenbar werdenden stillen Reserven, die in erträglichem Rahmen ein wertvolles Ventil für unvorhergesehene Eventualitäten der wieder in den freien Wettbewerb zurückgekehrten Gesellschaft bilden könnten, während anderseits der gleiche Fiskus sich mit der Aktienstempelsteuer auch für die zugemutete Neugründung interessiert! Auch dem Registerführer wäre die Eintragung des Aufhörens der Liquidationstätigkeit, bzw. der Rückkehr der Gesellschaft als gewerbende — mangels ausdrücklicher entgegenstehender Vorschrift — zuzumuten, umsomehr als er auch den Widerruf des Konkurses und der von ihm verfügten Auflösung unter den gesetzlichen Voraussetzungen von Amtes wegen einzutragen hat.

Dagegen lässt sich vom Standpunkt der Verkehrssicherheit aus einwenden, mit dem publizierten Eintritt ins Liquidationsstadium müsse mit dem wenigstens sukzessiven Abbau des Unternehmens gerechnet werden können. Kapitalgläubiger, Belegschaft, Geschäftsvertragspartner (und unter diesen insbesondere die Lieferanten) horchen auf. Jeder disponiert auf seine Weise: Rücksichtslose Geltendmachung der Forderungen,

²⁴ Vgl. Publikation der Schweiz. Diskontbank in Nachlassliquidation, Genf, im „Tagblatt der Stadt Zürich“, 5. April 1950.

vorsorgliche Sicherung anderweitiger Arbeitsgelegenheit, Wiedererwägung des vereinbarten Ausbaues der gegenseitigen Beziehungen zwischen Lieferant und liquidierender Gesellschaft, Ausschau nach, bzw. Festigung der neuen Anlagemöglichkeiten für die Gesellschafter, um nur die wichtigsten wachgerufenen Interessen zu erwähnen. Würde die Reaktivierung in diesem Stadium — selbstverständlich bevor die Gesellschaft Ausschüttungen an ihre Gesellschafter vornähme — ohne weiteres zugelassen, so würde die Gegendisposition der davon Kenntnis Nehmenden kaum zu einer wirklichen Beruhigung führen: Das Vertrauen in die loyal gewerbende Gesellschaft ist gestört. Wer die Liquidation anmeldet und veröffentlicht lässt, rechnet zum vornherein mit dem Abbruch regulärer Handelsbeziehungen. Die nötig werdenden Rückfragen hinsichtlich der Reaktivierung, ihrer Begründung und event. ihrer substantiell neuen Grundlage sind, wirtschaftlich gesehen, ebenfalls „Leerlauf“, dessen Spesen teilweise dem Partner aufgebürdet werden. Vom reinen Gläubigerstandpunkt aus bestehen freilich keine ernsthaften Bedenken, denn böte auch die Durchführung der angekündigten Liquidation bessere Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten, wären die Gläubiger doch kaum besser gestellt als im Falle der jederzeit möglichen Zwangsvollstreckung gegen die schuldnerische Gesellschaft. Selbst die sozialen Belange der von der Kündigung bedrohten oder bereits im gekündeten Dienstverhältnis stehenden Mitarbeiterschaft rufen keineswegs notwendig einer Erleichterung der Reaktivierung des körperchaftlichen Unternehmens „in Liquidation“. Es trifft dies am ehesten für die im Laufe der Jahre geäußerten sozialen Fonds, die verselbständigten Wohlfahrtsfonds, die Betriebs-Kranken- und Arbeitslosenkassen und die privatrechtlichen, betrieblichen Kollektivversicherungen zu²⁵. Die Pflicht zur Durchführung der Liquidation des Unternehmens fordert auch die statutengemässe Liquidierung der Fonds, während sie bei Geschäftsveräusserungen und Fusion zusammen mit dem Gros der Belegschaft regelmässig mitübernommen und in bereits bestehende analoge Gebilde eingebaut werden können. Für die einzelnen Dienstvertragsverhältnisse oder tarifvertraglichen Abmachungen aber könnte sich die freie Reaktivierbarkeit insofern auf die Rechtslage verwirrend auswirken, als zahlreiche Arbeitnehmer sich unverzüglich nach ändern, sichereren Arbeitsgelegenheiten umsehen und bereits definitiv verpflichtet haben. Die Belegschaft als Vertragspartner beim Firmentarif²⁶ kann die Veröffentlichung des Liquidationsbeschlusses als Kündigung des Tarifvertrages betrachten, wodurch die Beteiligten mit dem Ablauf der Kündigungsfrist wieder in die Verbandstarifverträge ihrer respektiven Gewerkschaften zurückkehren. Dies führt bei einer Reakti-

²⁵ Vgl. dazu Kessler Hans, Die Rechtsstellung des Versicherten in der privaten Kollektivunfall- und Kollektivlebensversicherung, Diss. Zürich 1947; ferner Sontheim Wilfried, Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen im Krankheitsfalle, Diss. Zürich 1949.

²⁶ Herzog W., Der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages etc., Diss. Zürich 1941, S. 67 f.

vierung fast zwangsweise zu Spannungen in der Lohnfrage und berührt insofern das Unkostenkonto und damit die Gewinnchancen der reaktivierten Gesellschaft.

Zusammenfassend darf die Ansicht vertreten werden, dass bei willkürlicher offener und bekannt gemachter Auflösung der juristischen Person die Nachteile der freien Reaktivierung überwiegen. Andererseits kann und soll den Unzukömmlichkeiten der Folgen eines übereilten Auflösungsbeschlusses dadurch entgegengewirkt werden, dass der Auflösungsbeschluss von allen beteiligten Gesellschaftern vor der Eintragung im HReg erdauert wird. Dies kann dadurch geschehen, dass die Verwaltung der aufgelösten Gesellschaft die Gesellschafter auf die Möglichkeit der Einberufung einer ausserordentlichen GV aufmerksam macht und hierfür eine angemessene kurze Frist in Aussicht stellt, bis zu deren Ablauf mit der Anmeldung beim HReg zugewartet werden soll.

Lebenslauf

Geboren am 23. Dezember 1920 in Zürich, durchlief ich die Primarschule in meiner Heimatgemeinde Schübelbach (Kt. Schwyz). Nach zwei Jahren Bezirksschule in Lachen (Sz.) besuchte ich während viereinhalb Jahren die Handelsabteilung der Kantonsschule Zug und erwarb mir das Handelsdiplom und die Handelsmaturität.

Meine Hochschulstudien, welche wiederholt durch Aktivdienst und Inanspruchnahme durch das elterliche Geschäft unterbrochen wurden, absolvierte ich an der Universität Zürich.

